

UNIVERSITÉ DE LAUSANNE

FACULTÉ DE DROIT

1957

Le droit de rétention  
d'après les  
législations française et suisse

THÈSE DE DOCTORAT

PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ  
DE LAUSANNE

PAR

YOUNIS AL CHIEKH RADHI

LAUSANNE

IMPRIMERIE GEORGES CONNE

1957





Digitized by the Internet Archive  
in 2026

[https://archive.org/details/IA40153518\\_0262](https://archive.org/details/IA40153518_0262)



**Le droit de rétention**  
**d'après les législations française et suisse**

---

## IMPRIMATUR

Le Conseil de la Faculté de droit, sans se prononcer sur les opinions de l'auteur, autorise l'impression de la thèse de M. Younis AL SHEIKH RADHI, candidat au doctorat, intitulée : *Le droit de rétention d'après les législations française et suisse.*

Lausanne, le 5 février 1957.

Le Doyen de la Faculté de droit :  
Guy Flattet.

UNIVERSITÉ DE LAUSANNE

FACULTÉ DE DROIT

---

**Le droit de rétention**  
**d'après les**  
**législations française et suisse**

THÈSE DE DOCTORAT

PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ  
DE LAUSANNE

PAR

YOUNIS AL CHIEKH RADHI

LAUSANNE

IMPRIMERIE GEORGES CONNE

1957

Qu'il nous soit permis de dire ici à M. le professeur François Gilliard combien nous lui sommes reconnaissant pour les conseils et les encouragements qu'il nous a prodigués et pour l'extrême bienveillance avec laquelle il a dirigé notre travail.

*A mon frère*  
**MOUSSA AL CHIEKH RADHI**  
*hommage reconnaissant*



PREMIÈRE PARTIE

---

**Le droit de rétention  
en droit civil français**



## Chapitre I

### LES TEXTES RELATIFS AU DROIT DE RETENTION

C'est en vain qu'on chercherait dans le code civil français un chapitre consacré au droit de rétention. Car, si d'une part le législateur n'a pas cru bon de rassembler les dispositions concernant cette institution dans une réglementation d'ensemble, il a d'autre part complètement négligé l'expression, pourtant usuelle, de « droit de rétention »<sup>1</sup>. Ce droit n'en existe pas moins pour autant. Il peut être défini comme la faculté pour un créancier de retenir, en dehors de tout nantissement, une chose de son débiteur en garantie de sa créance contre celui-ci, alors qu'il serait normalement tenu de restituer cette chose.

Il appartient ainsi à celui qui entreprend l'étude du droit de rétention de rechercher au préalable les dispositions éparées qui s'y rapportent.

Le Code civil, le Code de commerce, le Code de procédure civile et certaines autres lois spéciales forment le siège des différents cas d'application de l'institution.

Commençons par le Code civil en suivant l'ordre, peu systématique, du législateur.

Art. 545 : « Nul ne peut être contraint de céder sa propriété si ce n'est pour cause d'utilité publique et moyennant une juste et préalable indemnité. »

Ce texte permet implicitement à l'exproprié de retenir l'immeuble jusqu'au paiement de l'indemnité d'expropriation.

Art. 867 : « Le cohéritier qui fait le rapport en nature d'un immeuble peut en retenir la possession jusqu'au remboursement effectif des sommes qui lui sont dues pour impenses ou améliorations ».

<sup>1</sup> Cf. Cassin René : *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques*(exception non adimpleti contractus) *et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*. Thèse Paris 1914, p. 141.

Le cohéritier débiteur du rapport en nature d'un immeuble peut le retenir jusqu'au paiement de ses impenses par les autres cohéritiers. Mais il faut distinguer les impenses nécessaires, utiles ou voluptuaires. Pour les impenses nécessaires, le cohéritier tenu au rapport possède un droit de rétention intégral, qui garantit le paiement total de ce qu'il a déboursé. En revanche, pour les impenses utiles, le rétenteur ne peut réclamer que la plus-value calculée au jour du partage<sup>2</sup>. Quant aux impenses voluptuaires, lesquelles ne contribuent pas à augmenter la valeur de l'immeuble et ne justifient aucune indemnité, leur auteur sera seulement admis à récupérer ce qui peut être enlevé sans endommager l'immeuble. Enfin, les frais d'entretien doivent être considérés comme des charges naturelles liées à la jouissance de l'immeuble : aucune indemnité ne peut être réclamée pour elles.

Art. 1612 : « Le vendeur n'est pas tenu de délivrer la chose si l'acheteur n'en paie pas le prix, et que le vendeur ne lui ait pas accordé un délai pour le paiement. »

Art. 1613 : « Il ne sera pas non plus obligé à la délivrance quand même il aurait accordé un délai pour le paiement, si, depuis la vente, l'acheteur est tombé en faillite ou en état de déconfiture, en sorte que le vendeur se trouve en danger imminent de perdre le prix ; à moins que l'acheteur ne lui donne caution de payer au terme ».

Art. 1673 al. 1 : « Le vendeur qui use du pacte de rachat, doit rembourser non seulement le prix principal, mais encore les frais et loyaux coûts de la vente, les réparations nécessaires et celles qui ont augmenté la valeur du fonds, jusqu'à concurrence de cette augmentation. Il ne peut entrer en possession qu'après avoir satisfait à toutes ces obligations ».

La doctrine et la jurisprudence modernes ne voient pas dans cette disposition une application exacte du droit de rétention<sup>3</sup>. En effet, si l'acheteur garde la chose, c'est en vertu de son droit de propriété, et ce droit lui compète jusqu'au moment où le vendeur aura satisfait à toutes les obligations qui lui incombent en vertu du pacte de rachat.

<sup>2</sup> Art. 861 du Code civil.

<sup>3</sup> Civ. 14 janvier 1873, S. 73 1 134, Req. 19 octobre 1904, S. 1909 1 307. Nerva André Elekes : *De quelques différences dans l'application du droit de rétention d'après la jurisprudence française et allemande*. Thèse Paris 1929, p. 7.

Art. 1749 : « Les locataires ne peuvent être expulsés qu'ils ne soient payés par le bailleur ou, à son défaut, par le nouvel acquéreur, des dommages et intérêts ci-dessus expliqués ».

Le contrat de bail peut comprendre une clause de résiliation en cas de vente de l'immeuble loué. Dans une telle hypothèse, le preneur a droit à une indemnité, fixée conventionnellement ou, à titre dispositif, par la loi (art. 1745 à 1747 CCF). Tant que l'indemnité n'est pas versée au locataire celui-ci a le droit de demeurer dans les locaux loués. Il en conserve donc la détention à titre de garantie du versement de l'indemnité.

Art. 1948 : « Le dépositaire peut retenir le dépôt jusqu'à l'entier paiement de ce qui lui est dû à raison du dépôt ». Ce droit de rétention garantit au dépositaire le remboursement des dépenses qu'il a faites pour la garde de la chose et le paiement de l'indemnité à laquelle il a droit si le dépôt lui a occasionné des pertes.

Art. 2280 : « Si le possesseur actuel de la chose volée ou perdue l'a achetée dans une foire ou dans un marché, ou dans une vente publique, ou d'un marchand vendant des choses pareilles, le propriétaire originaire ne peut se la faire rendre qu'en remboursant au possesseur le prix qu'elle lui a coûté ».

Cette disposition vise le cas où le propriétaire d'une chose perdue ou volée la revendique contre un possesseur qui l'a achetée dans des circonstances telles que sa bonne foi ne saurait être mise en doute. Dès lors, le possesseur de bonne foi a le droit de retenir la chose jusqu'à ce que le revendiquant lui en ait remboursé le prix.

A cette liste des dispositions du Code civil, il faut joindre les articles 306 et 577 du Code de commerce et l'article 851 du Code de procédure civile.

L'art. 306 du Code de commerce est ainsi conçu « Le capitaine ne peut retenir les marchandises dans son navire faute de paiement du fret.

Il peut, dans le temps de la décharge demander le dépôt en main tierce jusqu'au paiement de son fret ».

Cette disposition, mal rédigée assurément, confère au capitaine de navire le droit de retenir la marchandise transportée jusqu'au paiement de son fret à la condition de la déposer en main tierce. Par main tierce, la loi fait allusion aux magasins généraux,

lesquels recevront ce dépôt au nom et pour le compte du créancier.

Certains auteurs refusent tout droit de rétention au capitaine sur les marchandises embarquées dans son navire ; ils fondent leur doctrine sur le texte même de la loi. Cette manière de voir nous paraît inexacte ; le législateur a voulu seulement éviter que la marchandise ne s'expose pas au danger, si elle est retenue dans le navire ; c'est pourquoi il a prévu le dépôt en main tierce, mais cette formalité ne touche en rien le droit de rétention du capitaine<sup>4</sup>.

Art. 577: « Pourront être retenues par le vendeur les marchandises, par lui vendues, qui ne seront pas délivrées au failli ou qui n'auront pas encore été expédiées soit à lui, soit à un tiers pour son compte ».

L'art. 851 du Code de procédure civile est ainsi rédigé : « Si les frais et déboursés de la minute de l'acte sont dus au dépositaire, il pourra refuser l'expédition tant qu'il ne sera pas payé desdits frais, outre ceux d'expédition ».

Et enfin l'at. 48 al. 1 du livre I du Code du travail du 28 décembre 1910 (numérotage du décret du 12 janvier 1911) : « L'ouvrier détenteur de l'objet par lui ouvré peut exercer le droit de rétention dans les conditions prévues par l'article 570 du code civil »<sup>5</sup>.

Cet article a comblé, conformément aux vues de la jurisprudence, une lacune du droit civil. Il est devenu possible à l'artisan de retenir l'objet travaillé en garantie du paiement du prix de la main-d'œuvre. Cette extension législative nous paraît heureuse. En effet, on ne pouvait donner à l'ouvrier de garantie pour sa créance qu'en l'armant d'un droit de rétention.

<sup>4</sup> Cf. Georges Ripert : *Droit Maritime*. Ed. IV, Tome II, no 1668.

<sup>5</sup> L'art. 570 CCF dispose que « si un artisan ou une personne quelconque a employé une matière qui ne lui appartenait pas, à former une chose d'une nouvelle espèce, soit que la matière puisse ou non reprendre sa première forme, celui qui en était le propriétaire a le droit de réclamer la chose qui en a été formée, en remboursant le prix de la main-d'œuvre ».

## Chapitre II

### LA PORTEE DES TEXTES TRAITANT DU DROIT DE RETENTION

Nous avons constaté que les dispositions en rapport avec le droit de rétention sont dispersés dans le Code civil et même dans d'autres lois. En revanche, le législateur ne nous offre nulle part un exposé systématique de la nature et des limites de ce droit. Une telle lacune n'a pu être comblée par une jurisprudence flottante, et c'est à la doctrine qu'est revenue la tâche difficile de pallier le silence de la loi.

Les commentateurs se sont achoppés tout d'abord au problème de la portée des textes légaux. Les cas de rétention énumérés par la loi doivent-ils être considérés comme limités impérativement ou, au contraire, comme exemplaires ?

La doctrine est divisée en deux camps : les uns confèrent aux textes légaux un caractère limitatif, les autres un caractère exemplaire.

#### Section I

#### THEORIE LIMITATIVE

Les auteurs <sup>1</sup> de la première catégorie voient dans la loi un *numerus clausus* des cas de rétention <sup>2</sup>, qui ne peuvent être étendus, par analogie, à d'autres cas voisins. Ils relèvent à ce sujet que le droit de rétention confère toujours au rétenteur une préférence sur les autres créanciers. Or, les causes de préférence sont toujours prévues par la loi, puisqu'elles représentent une exception au principe général de l'égalité et du concours entre les créanciers d'un même débiteur (art. 2093 CCF) et que les exceptions aux

<sup>1</sup> Cf. Paul Pont : *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*. Commentaire. Traité des petits contrats. Tome II, no 1298. F. Mourlon : *Examen critique et pratique du commentaire de M. Troplong sur les privilèges*. I. Partie, no 231. F. Laurent : *Principes de droit civil*. Ve éd, tome 29, no 293. Cabrye : *Droit de rétention*, no 67-69-119.

<sup>2</sup> Il faut mettre à part le droit de rétention du gagiste (art. 2082 CCF) et de l'antichrésiste (art. 2087 al. 1) qui est un élément même du contrat de gage ou de l'antichrèse.

principes légaux doivent être prises restrictivement. Ainsi les privilèges et les hypothèques sont fondés sur une disposition formelle de la loi (art. 2094 CCF). De même, les cas de rétention sont prévus limitativement par la loi, puisqu'ils constituent par une voie un peu moins directe une cause certaine de préférence.

Cette théorie ne nous semble pas convaincante. Le titulaire d'un droit de rétention n'a pas juridiquement de droit de préférence. Il ne peut demander sa collocation par priorité ; il ne peut être colloqué qu'à titre de créancier chirographaire. En fait, le rétenteur n'a qu'un droit, celui de retenir, c'est-à-dire de refuser de se dessaisir. Cela ne veut pas dire que cette faculté de retenir ne met pas le rétenteur dans une situation avantageuse par rapport aux simples créanciers chirographaires. Mais on ne peut déduire de cet avantage de fait que le droit de rétention serait juridiquement assimilable au privilège. Car le titulaire d'un privilège peut faire réaliser l'objet grevé lorsque sa créance est échue et le produit de cette vente lui sera versé jusqu'à concurrence de sa créance, sans qu'il soit obligé de concourir avec les autres créanciers. Le privilège met son titulaire dans la situation la meilleure qui se puisse concevoir. C'est d'ailleurs pourquoi le législateur a limité strictement les cas dans lesquels il est loisible de s'en prévaloir (art. 2094 CCF).

La situation du rétenteur est bien différente. Son seul droit, nous l'avons dit, consiste à pouvoir retenir la chose jusqu'à ce qu'il ait été payé. Tant que le rétenteur retient, il ne peut être évincé, et il peut retenir aussi longtemps que la dette n'est pas réglée. C'est la seule faculté que lui confère son droit de rétention, à l'exclusion de celle qui consisterait à réaliser l'objet retenu et à se faire payer de préférence aux autres créanciers.

Certes, tant qu'il retient, le rétenteur empêche toute saisie. Il représente pour les autres créanciers un obstacle statique. C'est pourquoi, en pratique, les autres créanciers tenteront d'écarter cet obstacle en offrant au rétenteur de consentir à l'adjudication de la chose à la condition qu'il soit payé le premier sur le produit de la vente. Dans cette hypothèse, le rétenteur se trouvera en fait, mais non juridiquement, dans une situation analogue à celle d'un créancier privilégié. Mais on ne saurait déduire de cette analogie de fait que le droit de rétention est intrinsèquement et dans tous les cas analogue au privilège. En effet, si le débiteur ne paie pas et

que le rétenteur a un grand besoin d'argent, son droit de rétention restera même illusoire et les autres créanciers le presseront de consentir à se dessaisir et à passer un arrangement où sa situation risque fort d'être aussi mauvaise que celle des autres.

Le droit de rétention n'est donc pas un droit de préférence au sens de la loi. On ne peut à son sujet invoquer la règle selon laquelle il n'y a pas de causes de préférence sans texte.

Des raisons d'équité militent encore contre la théorie restrictive. On voit dans la pratique des situations tellement voisines de celles que décrit le code qu'il serait inéquitable de conférer un droit de rétention dans une certaine catégorie de cas parce qu'il y a un texte légal et de le refuser dans les autres cas que le législateur a omis de prévoir. Si de telles omissions répondent à une véritable intention du législateur, alors la thèse restrictive pourrait éventuellement être soutenue. Cependant, il semble bien plutôt qu'un principe de portée toute générale doit être dégagé à travers la casuistique très incomplète de la loi : car il serait injuste de contraindre le créancier-rétenteur à rendre d'abord la chose au propriétaire, puis à poursuivre celui-ci en remboursement des sommes dont il est devenu débiteur à propos de cette même chose.

## Section II

### THEORIE ENONCIATIVE

C'est ainsi que la majorité des auteurs, suivis en général par la jurisprudence, préfèrent voir dans les textes légaux une énumération exemplaire et non pas limitative. A leur sens, il faut dégager du code civil français les principes généraux d'un droit de rétention que le législateur a le tort de sous-entendre ; un tel droit doit être admis chaque fois que les conditions des cas prévus par le code se retrouvent, car les mêmes conditions doivent entraîner les mêmes effets.

Les auteurs de cette catégorie se divisent lorsqu'ils cherchent à définir les conditions de l'exercice du droit de rétention. Les uns se montrent larges dans l'interprétation des principes qu'ils croient découvrir dans la loi, les autres sont plus restrictifs.

### A. Théorie du « *debitum cum re junctum* ».

Selon un grand nombre d'auteurs<sup>3</sup>, le critère qui permet de caractériser le droit de rétention est le lien de connexité entre la chose retenue et la créance du rétenteur, le *debitum cum re junctum*. Selon cette théorie, il faut et il suffit, pour que le détenteur puisse prétendre au droit de rétention, que la dette à propos de laquelle il oppose ce droit soit connexe à la chose retenue, c'est-à-dire que le créancier invoque une créance née à raison même de la chose qu'il retient.

Ainsi, par exemple, le possesseur de bonne foi qui serait obligé de rendre l'immeuble au propriétaire sans avoir été remboursé des dépenses qu'il a pu faire sur le fonds, doit bénéficier d'un droit de rétention. Les partisans du *debitum cum re junctum* trouvent dans ce cas une application importante de leur théorie. Nous sommes en effet en face d'un possesseur qui a fait des impenses sur une chose et dont la dette est ainsi connexe à la chose retenue. Ce lien de connexité se retrouve dans tous les cas où la loi confère au créancier un droit de rétention. Rappelons notamment l'art. 1948 CCF : « Le dépositaire peut retenir le dépôt jusqu'à l'entier paiement de ce qui lui est dû à raison du dépôt ». Ce qui lui est dû à raison du dépôt, au sens de la loi, ce sont par exemple les impenses faites pour la conservation de la chose. En revanche, ce n'est pas la dette provenant d'un prêt accordé par le dépositaire au déposant. Pour une telle dette, le dépositaire ne saurait retenir l'objet du dépôt.

### B. Théorie du contrat.

La notion de connexité a souvent paru un critère trop large. C'est pourquoi d'autres auteurs<sup>4</sup> ont échafaudé une doctrine plus restrictive.

<sup>3</sup> Cf. Louis Guillouard : *Traité du nantissement et du droit de rétention*. Ed. III, no 51 et 54. Troplong : *Le droit civil expliqué, des privilèges et hypothèques*. Ed II, tome I, no 258. Léopold Thézard : *Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, no 26. Glasson : *Du droit de rétention*. Thèse Strasbourg 1862, p. 52.

<sup>4</sup> Demolombe : *Traité de la distinction des biens*. Tome I, no 682 ; C. Aubry et C. Rau : *Cours de droit civil français*. Ed. VI, tome III § 256bis, texte et note 5 p. 158. G. Baudry-Lacantinerie et de Loynes : *Du nantissement, des privilèges et des hypothèques*. Tome I, Ed. II, no 233 ss. G. Baudry-Lacantinerie et Albert Wahl : *Traité théorique et pratique de droit civil*. Des contrats aléatoires. Du mandat. Du cautionnement. De la transaction. Tome XXIV, Ed. III, no 767.

Selon ces auteurs à mi-chemin entre les partisans d'une énumération légale limitative et ceux du *debitum cum re junctum*, il faut, pour admettre le droit de rétention, que « la détention se rattache à une convention ou tout au moins à un quasi-contrat, et que la dette connexe à la chose détenue ait pris naissance à l'occasion de cette convention ou de ce quasi-contrat <sup>5</sup> ».

A en croire ces auteurs, leur définition reproduit parfaitement la situation de droit que l'on retrouve dans les dispositions légales régissant le droit de rétention.

Cette affirmation apparaît comme inexacte. Il suffit, en effet, de relire les art. 570 et 867 CCF, concernant, le premier la spécification, le second le rapport d'un immeuble fait par un héritier, pour s'apercevoir qu'il n'est nullement question ici de convention ou de quasi-contrat. Alors, pour ces exceptions, les partisans <sup>6</sup> de la théorie du contrat doivent apporter un tempérament à leur doctrine.

Ils précisent donc que le juge peut, dans certains cas équitables, accorder un droit de rétention à un détenteur créancier, même en l'absence de tout rapport contractuel ou quasi-contractuel. Ainsi le juge peut concéder ce droit au possesseur de bonne foi, auteur d'impenses sur le fonds d'autrui, là du moins où le revendiquant semble insolvable.

En somme ces commentateurs rattachent l'extension du droit de rétention telle qu'ils la proposent à la matière des contrats et au principe de l'exécution « trait pour trait » qui régit l'exécution des prestations réciproques des contractants.

### Section III

#### L'ETAT ACTUEL DE LA JURISPRUDENCE

La jurisprudence française, à l'heure actuelle, paraît acquise à la théorie énonciative des textes relatifs au droit de rétention. Elle constate que les hypothèses octroyant ce droit ne sont que l'énoncé d'un principe général dont l'application s'étend en dehors des cas prévus chaque fois que l'équité l'exige. En revanche, il faut avouer que les tribunaux n'ont pas suivi aveuglément les

<sup>5</sup> Cf. Aubry et Rau, loc. cit.

<sup>6</sup> Notamment Aubry et Rau, op. cit.

enseignements donnés par les partisans de la doctrine énonciative. Ils ne se sont embarrassés d'ailleurs ni de la théorie du *debitum cum re junctum*, ni de celle du contrat, quoiqu'ils en aient parfois tiré profit pour assurer le bon fonctionnement de notre institution. Mais, si l'on admet le principe de l'extension, un autre problème se pose : dans quelle mesure faut-il l'admettre ? Peut-on le faire indéfiniment et soutenir que le droit de rétention existe toutes les fois qu'un créancier tient entre ses mains la chose de son débiteur ? Ou faut-il poser certaines limites à l'exercice du droit de rétention ?

Il est évident qu'il n'est pas possible d'accepter une extension indéfinie du droit de rétention, ce qui aurait pour effet d'inciter le créancier, ou quelqu'un qui va le devenir, à se procurer la chose de son débiteur par des moyens frauduleux. Ce serait en quelque sorte encourager l'exercice de la justice privée, source de désordre. Mais même lorsque le créancier est entré régulièrement en possession de la chose du débiteur, il est encore possible que le droit de rétention s'exerce de façon à occasionner des abus, d'où la nécessité de poser des limites également dans ce cas. Prenons l'exemple d'un débiteur qui donne après coup une chose en dépôt au créancier ; si l'on admettait un droit de rétention sans limite, on devrait dire que le créancier est fondé à garder l'objet du dépôt jusqu'au paiement de la dette. Ce serait là un moyen inélégant, une sorte d'abus de confiance ; c'est la raison pour laquelle on ne peut accorder ici le droit de rétention.

D'ailleurs, le Code civil contient à l'appui de cette manière de voir deux dispositions à propos de la compensation, mais qui, appliquées à cette dernière, sont incompréhensibles, alors qu'elles deviennent parfaitement claires si on les applique au droit de rétention<sup>7</sup>. Elles montrent que ce dernier ne peut être admis sans limite. Il s'agit de l'art. 1293 al. 1 et 2. L'art. 1293, al. 1, dispose que la compensation est écartée dans le cas « de la demande en restitution d'une chose dont le propriétaire a été injustement dépouillé ». C'est, par exemple, le cas du voleur ; mais cela n'a aucun sens, étant donné que le voleur ne peut offrir en compensation une chose — la chose volée — contre une créance d'argent — la créance qu'il peut avoir contre le volé. Mais le texte prend un

<sup>7</sup> Cf. Colin et Capitant : *Cours élémentaire de droit civil français*. Ed. 10, tome II, p. 783, en note.

sens si, au lieu de lire compensation, nous lisons droit de rétention ; il est, en effet, possible de concevoir ce dernier au profit du voleur qui est créancier du volé. Mais la loi l'écarte ; elle dit que le voleur ne peut pas retenir la chose volée jusqu'à ce que sa créance soit payée. Ce serait, en effet, inviter les créanciers à voler leurs débiteurs, à utiliser un moyen frauduleux en vue d'obtenir un gage ; ce qui montre bien que le droit de rétention ne peut être appliqué qu'avec précaution.

De même, l'art. 1293, al. 2, dit que la compensation est écartée dans le cas « de la demande en restitution d'un dépôt et du prêt à usage ».

Il est bien évident que ce texte, appliqué à la compensation, n'a pas de sens ; le commodataire ne peut pas compenser la chose qu'il doit rendre avec sa créance contre le commodant puisque l'obligation de restituer une chose ne se compense pas avec une dette d'argent. Si l'on envisage le droit de rétention, le texte veut dire que le commodataire créancier du propriétaire de la chose ne peut lui opposer un droit de rétention en cas d'action en restitution de cette chose. Il y aurait indélicatesse de la part du commodataire de se servir de la chose prêtée pour obtenir le paiement d'une créance née d'un rapport tout différent.

On aboutit donc à cette conclusion qu'on ne doit pas restreindre le droit de rétention aux seules hypothèses prévues par les codes, mais qu'on ne doit pas non plus l'étendre indéfiniment, ce qui autoriserait le rétenteur à retenir la chose en raison d'une obligation quelconque. Il faut une limite, et la jurisprudence l'a trouvée dans l'idée de connexité entre la chose retenue et la créance. Il faut que la dette soit née à propos de la chose, qu'elle soit en quelque sorte liée à la chose. C'est ce qu'on appelle en doctrine le *debitum cum re junctum*.

En effet, quand il existe un lien entre l'obligation de restituer la chose et l'autre dette, il est équitable que l'obligation de restitution ne soit pas exécutée si l'autre dette ne l'est pas.



### Chapitre III

#### LE DROIT DE RETENTION PROPREMENT DIT ET L'EXCEPTION D'INEXECUTION

L'exception d'inexécution et le droit de rétention *stricto sensu* sont deux moyens analogues qui visent le même but : permettre à celui qui s'en prévaut de refuser d'exécuter une prestation, ou de refuser de restituer un objet appartenant à un tiers tant que ce tiers ne se sera pas acquitté de son côté de sa dette vis-à-vis du rétenteur.

Il convient pourtant de distinguer attentivement les deux institutions. Apparemment analogues, elles ont toutes deux une source juridique distincte et, partant, un champ d'application différent.

##### Section I

##### L'EXCEPTION D'INEXECUTION

Elle prend naissance dans le cadre du contrat synallagmatique. C'est donc la volonté concordante des parties qui est à son origine. L'accord des parties au contrat bilatéral implique l'intention commune d'atteindre un but déterminé, soit l'exécution des prestations convenues. Les prestations promises par chacun des contractants étant réciproques dans le contrat bilatéral, il est parfaitement normal qu'elles s'exécutent simultanément, trait pour trait, comme dit la doctrine suisse et allemande, sauf si un terme ou une condition ont été convenus ou que la nature du contrat bilatéral considéré s'oppose à l'exécution simultanée des prestations. Dans le contrat où la règle de l'exécution simultanée découle de la volonté concordante des parties, il serait illogique que la partie qui refuse d'exécuter sa propre prestation soit en mesure de contraindre l'autre à s'exécuter.

Ainsi, dans le cas où un accord de volonté réciproque fait naître des obligations également réciproques, il est logique et conforme à l'intention des parties comme à la bonne foi que ces obligations s'exécutent simultanément et que lorsqu'un des co-contractants refuse de s'exécuter, l'autre ait le droit de retenir sa propre prestation en invoquant l'*exceptio non adimpleti contractus*, c'est-à-dire en se prévalant du refus d'exécution du co-contractant.

Contrairement au droit de rétention, l'exception tirée du principe de l'exécution simultanée des prestations découlant des contrats synallagmatiques ne permet pas seulement de retenir une chose, mais toute prestation quelconque. Le propriétaire d'un fonds qui a concédé au voisin un droit de passage contre redevance pourra, par exemple, s'opposer au passage si la redevance n'est pas payée. L'exception d'inexécution pourra aussi porter sur un droit incorporel, bref sur toute prestation se trouvant dans un rapport d'échange avec une contre-prestation due simultanément dans le cadre d'un contrat synallagmatique.

Il faut bien sûr faire une exception lorsqu'un terme a été convenu, ou lorsqu'il découle de l'essence du contrat. Mais si ce n'est pas le cas, la partie qui ne peut obtenir l'exécution réciproque de la prestation de la partie adverse doit bénéficier de l'exception d'inexécution.

## Section II

### LE DROIT DE RETENTION *STRICTO SENSU*

Au contraire, le droit de rétention *stricto sensu*, le seul d'ailleurs qui mérite le nom de droit de rétention, ne relève aucunement du lien de réciprocité entre deux obligations issues du même contrat synallagmatique. On le trouve plutôt lorsqu'il existe un lien matériel, objectif entre la créance du rétenteur et la chose à retenir. Ainsi, lorsque le possesseur de bonne foi a fait des dépenses qui ont accru la valeur de la chose d'autrui, il bénéficie d'un droit de rétention du montant de la plus-value procurée à cette chose, tant que le propriétaire ne lui a pas remboursé le montant de ses dépenses. Le droit de rétention *stricto sensu* est donc tout à fait indépendant de la volonté des parties; il repose uniquement sur le lien de connexité existant entre une chose et une créance concernant cette chose, sur le *debitum cum re junctum*. En conséquence, son champ d'application ne saurait être délimité à l'avance. Le droit de rétention doit trouver naissance chaque fois qu'une personne détient une chose corporelle — meuble ou immeuble — dont elle a la possession et qu'elle justifie d'une créance connexe à cette chose. Relevons en passant sur ce point qu'une véritable possession est nécessaire pour que naisse le droit de rétention. On ne saurait le reconnaître au simple auxiliaire ou

instrument de la possession d'autrui, c'est-à-dire à celui qui détient *pro alio*, en vertu du lien de subordination qui l'unit au vrai possesseur. En cette matière, le droit français a adopté une solution analogue à celle que nous verrons en droit suisse. Il ne limite pas la condition de possession à la possession originaire, puisque le rétenteur retient la chose d'un tiers, et qu'il est donc possesseur dérivé, mais n'admet la rétention que si le rétenteur retient dans son propre intérêt personnel et n'est pas subordonné au possesseur quant à l'usage qu'il faut faire de la chose<sup>1</sup>.

Nous renvoyons à la fin de ce chapitre pour une définition plus étroite et plus précise du *debitum cum re junctum*. Disons seulement pour l'instant que le droit de rétention qui en découle puise son fondement dans une raison d'équité, le souci de conserver un équilibre entre deux intérêts opposés, celui du rétenteur et celui du revendiquant. En effet, il serait contraire à l'équité de contraindre le créancier rétenteur à se dessaisir de l'objet qu'il détient et au sujet duquel — *cum re* — il invoque une créance connexe, avant que le revendiquant ne se soit acquitté de sa dette. De cette raison d'équité résulte que l'unique fonction du droit de rétention *stricto sensu*, et partant l'unique faculté qu'il confère, sera une garantie de paiement grâce au moyen de pression et de coercition qu'il constitue. Avant de revenir sur la théorie du *debitum cum re junctum*, précisons encore la frontière de l'exception d'inexécution et du droit de rétention *stricto sensu*.

### Section III

#### DELIMITATION DE L'EXCEPTION D'INEXECUTION ET DU DROIT DE RETENTION *STRICTO SENSU*

Il existe toute une catégorie de cas limites dans lesquels on ne sait pas très bien si l'on est en présence de l'exception *non adimpleti contractus*, ou du droit de rétention proprement dit, fondé sur le *debitum cum re junctum*. Il s'agit de contrats synallagmatiques imparfaits, tels que : le dépôt, le commodat, le mandat non salarié, etc. Ces contrats donnent toujours naissance à une obligation principale. Ce sera par exemple, pour le mandat, l'obligation du mandataire de rendre le service promis. Cette obligation sera sanctionnée par l'action directe du contrat de mandat. Parfois

<sup>1</sup> Req. 25 février 1878. D 79 1 302.

de tels contrats engendrent une obligation éventuelle à la charge du créancier. Ce sera, dans l'hypothèse du mandat, la créance du mandataire contre son mandat pour les impenses engagées au cours de l'exercice du mandat. Le mandataire jouit alors d'une action opposée en remboursement de ses dépenses.

Dans un contrat synallagmatique imparfait, l'un des contractants, mandataire ou commodataire, dispose d'un droit de rétention sur la chose qu'il détient pour la partie adverse, mandant ou commodant.

Ce droit de rétention se recouvre-t-il avec l'exception d'inexécution, ou bien s'agit-il au contraire d'une relation fondée sur le lien de connexité ?

Selon M. Cassin<sup>2</sup>, l'exception d'inexécution régit tout le domaine des contrats synallagmatiques, et même les rapports juridiques naissant d'un quasi-contrat<sup>3</sup> ou de la loi<sup>4</sup>.

Selon Capitant<sup>5</sup>, en revanche, l'*exceptio non adimpleti contractus* a son seul fondement dans la volonté concordante des parties, ce qui signifie, selon cet auteur, qu'elle ne peut être exercée que parce que chacun des co-contractants n'a entendu se lier que dans l'intention de voir son partenaire s'exécuter. Ce serait donc méconnaître la nature juridique profonde de l'exception d'inexécution que d'étendre son champ d'application aux cas pour lesquels la volonté des parties ne l'avait nullement prévue. Le lien étroit de réciprocité et de causalité réciproque entre les prestations que suppose l'*exceptio non adimpleti contractus* n'existe en conséquence qu'entre les obligations principales résultant d'un même contrat synallagmatique parfait.

Cette dernière opinion doit être reçue de préférence à celle de Cassin. A notre avis, l'exception opposée par le débiteur dans un contrat synallagmatique imparfait, en raison des prétentions qu'il a contre son créancier, est un cas de droit de rétention proprement dit et non pas d'exception d'inexécution.

Prenons l'exemple du mandat. Dans ce contrat, on ne saurait prétendre que le mandataire s'est engagé à exécuter la prestation

<sup>2</sup> Cassin : op. cit., p. 453. Planiol et G. Ripert : *Traité pratique de droit français*. Tome VI. 1re partie, no 448.

<sup>3</sup> Par exemple, la gestion d'affaires.

<sup>4</sup> Par exemple, l'expropriation pour cause d'utilité publique.

<sup>5</sup> Capitant : *De la cause des obligations. Contrats, engagements unilatéraux*, legs. Ed. III, no 128 et ss.

convenue dans le but d'obtenir que les dépenses éventuelles provoquées par l'exécution du mandat lui soient remboursées à la fin de sa mission. Le mandat a pu être pour le mandataire un acte de pure bienfaisance, l'expression du désir de rendre service au mandant ou tout autre motif. Il n'en demeure pas moins que le mandant a l'obligation de rembourser au mandataire les dépenses qu'il a faites à l'occasion du mandat et que le droit de rétention dont jouit ce mandataire garantit ce remboursement. Dans ce cas, il n'y a pas entre l'obligation du mandataire de rendre les services qu'il a promis et l'obligation du mandant de lui rembourser ses impenses, le lien intime de réciprocité qui caractérise les deux obligations principales nées d'un contrat synallagmatique parfait. La seconde obligation, celle du mandant, est née simplement à l'occasion de l'exécution du mandat. Le rétenteur ne pourra pas exercer le corollaire de l'exception d'inexécution, l'action en résolution, car le droit de rétention n'apparaîtra qu'à la fin du contrat et son rôle sera uniquement de garantir le paiement de la créance née à son profit du fait de ses impenses. Et si ce droit de rétention est annihilé par une sûreté préférable, on ne méconnaîtra pas ce faisant la volonté des parties.

Dans un cas comme celui du mandat, où les deux obligations sont simplement connexes, les deux créances qui s'opposent l'une à l'autre ne sont que rarement dans un rapport d'équivalence, ainsi que cela arrive pour les obligations principales issues du contrat synallagmatique parfait. Dans le contrat synallagmatique parfait, les deux prestations réciproques ont, sinon objectivement, du moins aux yeux des deux contractants, une valeur égale ou du moins équivalente, ce qui justifie leur échange. C'est cette équivalence réciproque qui fait défaut au contrat synallagmatique imparfait. Notons que l'art. 1583 du CCF admet que la propriété d'une chose déterminée passe à l'acheteur dès la conclusion du contrat de vente. Ce principe a pour conséquence d'estomper la délimitation entre le droit de rétention et l'*exceptio non adimpleti contractus*. En effet, le vendeur impayé se trouve, par le jeu de l'exception d'inexécution, retenir la chose d'autrui jusqu'à l'exécution réciproque de son co-contractant. Une telle rétention est valable contre quiconque de telle sorte que l'acquéreur subséquent se voit obligé de désintéresser le vendeur pour pouvoir dégager l'objet vendu.

DEFINITION DU *DEBITUM CUM RE JUNCTUM*

Après avoir établi ainsi la démarcation entre les deux espèces de droit de rétention dont la confusion a entraîné si longtemps un piétinement de la doctrine et de la jurisprudence, il convient de limiter cette étude au seul droit de rétention *stricto sensu*, puisqu'en réalité l'exception *non adimpleti contractus* ressortit au droit des contrats, et plus précisément au droit des contrats synallagmatiques parfaits.

Le droit de rétention proprement dit est donc une garantie accordée au détenteur d'une chose pour la créance, née à propos de cette chose, qu'il possède contre le propriétaire de cette chose. Pour être précise, cette définition requiert une explication claire des mots « à propos de cette chose ».

Or, c'est précisément dans l'interprétation de ces mots que la doctrine est encore une fois partagée. Elle s'accorde à désigner le rapport entre la chose et la naissance de la créance sous les noms de « connexité » ou de *debitum cum re junctum*. Mais ces termes ne recouvrent pas toujours la même signification.

Selon Pret<sup>6</sup>, le lien entre la chose et la créance doit être particulièrement étroit pour engendrer un droit de rétention. Il faut vraiment un attachement matériel de la créance à la chose, soit la confusion d'une partie des biens du rétenteur avec la chose objet de la rétention. Tel est le cas lorsque le détenteur fait des impenses en transformant une matière dont il n'est pas propriétaire : la spécification est l'exemple le plus typique du lien organique entre chose et créance.

Mais le système de Pret n'est point suffisant pour expliquer tous les cas de rétention admis par la loi.

Ainsi, par exemple, l'art. 545 CCF, qui accorde à l'exproprié pour cause d'utilité publique le droit de retenir l'immeuble tant qu'il n'a pas reçu « une juste et préalable indemnité », montre une espèce où il n'y a aucun lien organique entre la créance et la chose retenue. L'art. 1749 CCF nous fournit un autre exemple analogue.

C'est pourquoi de nombreux auteurs<sup>7</sup> estiment que la connexité existe déjà suffisamment lorsque la créance du détenteur

<sup>6</sup> Pret : *Du droit de rétention*. Thèse Poitiers 1879.

<sup>7</sup> Notamment Glasson, op. cit., p. 62 et ss. Guillouard, op. cit., no 99 et ss.

contre le propriétaire de la chose a pris naissance à l'occasion de cette chose. Aussi ce rapport de connexité est réalisé lorsque la créance du rétenteur résulte de travaux de main-d'œuvre ou impenses faites sur la chose, tels que des soins pris pour la chose, ou des dépenses qui ont contribué à sa conservation, ou lui procureraient une plus-value, de même qu'un dommage causé par cette chose.

Cette dernière théorie est seule conforme à la lettre de la loi, comme à l'équité. Elle seule permet de fonder un droit de rétention *stricto sensu* dans tous les cas offrant une certaine parenté entre eux et avec les dispositions de la loi, en s'inspirant d'une saine compréhension de la justice.

#### Section V

#### APPLICATION JURISPRUDENTIELLE DU DROIT DE RETENTION *STRICTO SENSU*

Très tôt, les tribunaux français consacrent le caractère exemplaire des dispositions légales se référant au droit de rétention. Ils ont ainsi accordé un tel droit dans de nombreux cas que la loi ne prévoyait pas expressément.

Tout d'abord, les décisions jurisprudentielles sont fondées sur les art. 867 et 570 CCF consacrés, le premier au rapport en nature d'un immeuble par un cohéritier, le second à la spécification. Les tribunaux admettent donc un droit de rétention dans les seuls cas où le détenteur d'une chose réclame le remboursement de dépenses consacrées à cette chose. En d'autres termes, la rétention n'est autorisée que lorsqu'il y a un véritable lien de connexité matérielle entre la chose détenue et la créance du détenteur, parce que la créance correspond à l'incorporation d'une valeur à la chose.

Dans cet ordre d'idée, les tribunaux ont très rapidement accordé un droit de rétention au possesseur de bonne foi d'un immeuble, en garantie du remboursement des sommes investies dans cet immeuble<sup>8</sup>. Les créances ainsi garanties sont celles qui sont énumérées à l'art. 555 *in fine* CCF. En conséquence, la juris-

<sup>8</sup> Rennes, 8 février 1841, S. 41 2 453.

Rouen, 18 décembre 1856, S. 57 2 558.

prudence assure au possesseur de bonne foi le droit de retenir l'immeuble tant qu'il n'a pas été dédommagé pour ses impenses et pour la valeur des constructions qu'il a élevées.

De même, l'ouvrier ou le façonnier qui a travaillé la chose d'autrui est autorisé à la retenir jusqu'au paiement du prix de son travail<sup>9</sup>. En reconnaissant ce droit de rétention, les tribunaux n'ont pas cherché, à vrai dire, si la créance à la base du droit est née à l'occasion d'un contrat ou en dehors de toute relation obligatoire synallagmatique. Ils ont plutôt pris pour argument d'une part l'art. 2102 al. 3 CCF, qui assure un privilège au détenteur de la chose d'autrui qui a fait des frais pour la conservation de cette chose, et d'autre part l'art. 570 CCF (qui d'ailleurs ne concède pas expressément un droit de rétention)<sup>10</sup>.

Enfin, pendant un certain temps, la jurisprudence a accordé un droit de rétention fondé sur les mêmes caractères au tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué soumis à la saisie. En vertu de l'art. 2175 CCF, ce détenteur a une créance pour « ses impenses et améliorations à concurrence de la plus-value résultant de l'amélioration ». Or, une partie de la jurisprudence<sup>11</sup> lui a donné un droit de rétention pour garantir cette créance, mais aujourd'hui on préfère lui accorder un droit de distraction sur le prix de vente de l'immeuble<sup>12</sup>.

Mais les tribunaux n'ont pu se limiter à une application extensive des art. 867 et 570 CCF, qui correspondait à une compréhension restrictive du lien de connexité entre la chose détenue et la créance du détenteur. Assez rapidement, ils ont justifié des cas de rétention non prévus par la loi en appliquant par analogie l'art. 1948 CCF consacré au dépôt. Cette disposition prescrit que « le dépositaire peut retenir le dépôt jusqu'à l'entier paiement de ce qui lui est dû à raison du dépôt ». Elle est appliquée chaque fois qu'une situation analogue à celle du contrat de dépôt se rencontre et chaque fois qu'un dépôt peut être considéré comme sous-entendu. Des exemples vont permettre d'illustrer cette affirmation.

<sup>9</sup> Req. 13 mai 1861. S. 61 1 657.

Civ. 9 décembre 1840, S. 41 1 33.

<sup>10</sup> Cf. Cassin : op. cit. p. 152.

<sup>11</sup> Pau, 9 août 1837, D. 38 2 183.

Douai, 18 mars 1840, S. 40 2 589.

Contra Bastia, 2 février 1846, D. 46 2 109.

<sup>12</sup> Paris, 24 juillet 1886, S. 87 2 39.

A. Aucune disposition expresse ne confère au mandataire le droit de retenir, jusqu'au paiement de ses avances et honoraires, les choses qui lui ont été confiées par le mandant. La jurisprudence lui reconnaît pourtant ce droit<sup>13</sup>. Pour le justifier, la Cour de cassation a été amenée à poser le principe que « tout mandat renferme implicitement un contrat de dépôt »<sup>14</sup>.

La jurisprudence est allée même plus loin dans l'application de ce principe, puisqu'elle permet au mandataire d'exercer son droit de rétention jusqu'à ce qu'il ait reçu décharge de son mandat, et en garantie de cette décharge, en l'absence de toute créance d'honoraires ou d'avances<sup>15</sup>.

B. La gestion d'affaires est assimilée au mandat, tant il est vrai que les activités du gérant d'affaires et celles du mandant sont analogues, encore que le premier agisse sans ordre et sans instruction. La jurisprudence accorde donc au gérant d'affaires un droit de rétention sur la chose gérée, en garantie du remboursement de ses avances et du paiement des honoraires que son activité justifie<sup>16</sup>.

C. Les officiers ministériels ont un droit de rétention sur les pièces et documents qui leur ont été confiés à l'occasion d'une mission dans laquelle ils ont exercé leur ministère<sup>17</sup>. Les avoués et notaires notamment ont l'occasion d'exercer cette faculté.

D. L'architecte s'est vu également reconnaître le droit accordé au mandataire. Il peut donc retenir les mémoires qu'il a réglés à l'entrepreneur en garantie du paiement de ses honoraires<sup>18</sup>.

<sup>13</sup> Cass. civ. 17 janvier 1866, S. 66 1 92.

Cass. civ. 10 août 1870, S. 70 1 398.

Cass. 6 février 1877, D. 77 1 79.

<sup>14</sup> Cass. civ. 10 août 1870, S. 70 1 398.

<sup>15</sup> Amiens, 4 janvier 1893, D. 93 2 375.

Cass. Req. 21 mai 1900, D. 1901 1 265.

<sup>16</sup> Cass. civ. 25 janvier 1904, S. 1910 1 142, Colin et Capitant, op. cit., tome II, p. 722.

René Demogue : *Traité des obligations en général*, tome III, no 49.

<sup>17</sup> Cass. civ. 10 août 1870, S. 70 1 398.

Cass. civ. 28 juillet 1924, Gaz. Pal., 1924 2 585.

<sup>18</sup> Req. 19 juillet 1904, D. 1906 1 9, note de M. E. Glasson.

E. Le privilège accordé aux voituriers et aux hôteliers par l'art. 2102, 5<sup>o</sup> et 6<sup>o</sup> CCF, peut être renforcé par un droit de rétention <sup>19</sup>.

F. Enfin, l'ouvrier ou le fabricant à qui un droit de rétention était déjà assuré sur les objets travaillés<sup>20</sup>, se le voit accorder même sur les matières brutes dans certaines circonstances spéciales : si, à l'occasion d'un seul et même contrat, il a reçu une certaine quantité de choses à travailler et qu'il en a livré déjà une partie, il peut retenir les matières brutes, telles qu'il les a reçues, en garantie du paiement de son travail et du remboursement de ses frais pour les objets dont il s'est dessaisi <sup>21</sup>.

L'arrêt cité à propos du droit de rétention des architectes <sup>22</sup> tranche également une question très délicate qui se pose chaque fois que ce droit s'exerce sur des pièces. En effet, les pièces retenues doivent souvent être communiquées à un expert commis par le tribunal pour les examiner. Or, on sait que le droit de rétention suppose la possession et s'éteint dès que celui qui s'en prévalait se dessaisit de la chose retenue <sup>23</sup>.

La situation du rétenteur est dès lors fort délicate, car il se trouve partagé entre le refus d'un ordre de la justice et la perte automatique de son droit.

C'est pourquoi la Cour suprême a jugé qu'un rétenteur qui remet une pièce à la Justice et sur son ordre ne perd pas la possession de cette chose, puisqu'il ne s'agit pas d'un dessaisissement volontaire. Il continue à posséder, mais par l'intermédiaire de la Justice. Plus tard, il peut revendiquer la pièce par les moyens ordinaires, c'est-à-dire, s'agissant d'un meuble, par la saisie-revendication.

Cette décision donne toute garantie au rétenteur. Il est au bénéfice d'une action réelle, opposable au tiers de bonne foi si la chose a été perdue ou volée. Et même, si la pièce a été communi-

<sup>19</sup> Seine, 31 janvier 1913, Gaz. tri., 1913 1 2 139.

<sup>20</sup> Cf. p. 30 ci-dessus.

<sup>21</sup> Cass. Req. 13 mai 1861, S. 61 1 657.

Douai, 25 novembre 1921, S. 1922 2 25.

<sup>22</sup> Req. 19 juillet 1904, D. 1906 1 9 et note de Glasson.

<sup>23</sup> Cf. Dalloz : *Répertoire de droit civil*. Tome IV. Rétention. No 26.

<sup>24</sup> Cf. Aubry et Rau : op. cit. tome III § 256 bis. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., tome I, no 251. Guillouard, op. cit., no 100.

quée à des personnes non autorisées, il aura une action en dommages-intérêts.

Une autre question qui vaut la peine d'être examinée est celle des contrats nuls. Prenons l'exemple de la vente : si le vendeur a déjà opéré le transfert de la chose vendue et si l'acheteur en a déjà payé le prix en tout ou en partie, que se passe-t-il lorsque le contrat est déclaré nul, par exemple en vertu d'une action rédhibitoire ? Ce problème a fait l'objet de nombreuses décisions jurisprudentielles, et les tribunaux ont fini par admettre un droit de rétention de l'acheteur en garantie de la restitution de ses versements.

Pour fonder ce droit, il faut distinguer deux cas : celui de la résiliation conventionnelle du contrat, et celui de la résolution judiciaire.

Si les parties ont décidé conventionnellement que le contrat conclu est caduc, la Cour de Cassation estime qu'il y a là un nouveau contrat, « qui permet à chacune des parties de retenir ce qu'elle a reçu en vertu du contrat révoqué, jusqu'à ce que l'on ait rendu ce qu'elle a elle-même donné »<sup>25</sup>. Ainsi, il n'y a pas là un droit de rétention à proprement parler, mais une exception d'inexécution, accordée à chacune des parties, en garantie des prestations effectuées. En effet, en décidant conventionnellement la rupture du contrat initial, elles ont conclu un nouveau contrat synallagmatique tendant à la restitution des prestations faites en vertu de la première convention.

En revanche, lorsque c'est le tribunal qui prononce la nullité d'un contrat, il n'y a pas moyen de faire intervenir la notion d'une nouvelle convention synallagmatique entraînant une *exceptio non adimpleti contractus*. La jurisprudence se fonde alors sur le concept de la connexité pour fonder un droit de rétention destiné à garantir la restitution des prestations opérées en vertu du contrat annulé. Pour reprendre le cas de la vente, l'acheteur conserve le droit de retenir la chose malgré le jugement de nullité, jusqu'à ce que le vendeur lui ait restitué le prix (ou une partie du prix) déjà payé. A ce sujet, les tribunaux ne distinguent pas le cas où l'acheteur a réclamé la résolution du contrat<sup>26</sup> de celui où le vendeur a

<sup>25</sup> Civ. 27 juillet 1892, S. 93 1 67.

<sup>26</sup> Req. 13 juillet 1874, D. 76 1 121.

ouvert action<sup>27</sup> parce que son co-contractant n'a pas achevé de payer le prix convenu. Dans les deux cas, même dans celui où il est fautif, l'acheteur dispose d'un droit de rétention sur la chose vendue. Les juges fondent ce droit sur une compréhension large du lien de connexité entre la détention de la chose et la créance du détenteur.

Avec l'examen de cette dernière question, nous avons fini de passer en revue les principales décisions de la jurisprudence. Il ressort de cette étude que les tribunaux se sont incontestablement prononcés pour une interprétation extensive de la loi.

<sup>27</sup> Pau, 30 mars 1887, D. 88 2 209.

## Chapitre IV

### CARACTERE DU DROIT DE RETENTION

#### Section I

#### NATURE ET EFFETS DU DROIT DE RETENTION

Le législateur français s'est moins préoccupé de la nature du droit de rétention que de son fondement matériel. Il le considère comme un moyen de pression indirecte et une sorte de défense contre le débiteur. Le créancier peut garder la chose en attendant d'être payé. C'est pourquoi le débiteur aura tout intérêt à acquitter rapidement sa dette pour retrouver au plus vite la pleine jouissance de son bien.

En ce qui concerne la nature du droit de rétention, il faut bien comprendre que le rétenteur conserve la possibilité de faire saisir et vendre la chose comme tout créancier quelconque, mais que le droit de rétention ne lui procure aucune priorité face aux autres créanciers du débiteur. En effet, le bénéficiaire de ce droit se trouve placé sur le même rang que les créanciers ordinaires, puisque la loi <sup>1</sup> énumère limitativement les créances privilégiées, et que la créance du rétenteur ne figure pas dans ce *numerus clausus*. En conséquence, le titulaire du droit de rétention ne saurait en aucun cas être comparé à un créancier gagiste auquel compète un droit de se faire rembourser par préférence lors de la réalisation du gage, que cette réalisation ait eu lieu à sa réquisition ou sur la poursuite des autres (art. 2073 et 2102 § II 2 CCF).

En saisissant la chose, le créancier rétenteur donne aux autres créanciers la possibilité de participer à la saisie. De ce fait, il perd la maîtrise exclusive de la chose. Dès lors, il est censé renoncer tacitement à sa situation de rétenteur et le prix de réalisation est réparti entre les autres créanciers chirographaires et lui-même, au marc le franc.

Au contraire, lorsque la réalisation de la chose aura été requise par tout autre que par lui, par un créancier ou par le

<sup>1</sup> Art. 2094 Code civil.

débiteur lui-même, le rétenteur pourra s'y opposer et on ne pourra pas le forcer à se dessaisir aussi longtemps qu'il n'aura pas été entièrement désintéressé.

On voit ainsi que le privilège du rétenteur ne se situe pas sur le même plan que celui des créanciers dits privilégiés. Ceux-ci ont un rang préférable dans la réalisation, celui-là jouit du seul avantage de garder la chose jusqu'à satisfaction<sup>2</sup>.

Si le rétenteur n'a pas un droit de préférence au sens technique, il n'a pas davantage un droit de suite sur la chose retenue. En effet, le droit de rétention est lié organiquement à la détention de la chose. Cette détention vient-elle à disparaître, la chose échappant au bénéficiaire, le droit s'anéantit simultanément.

Il est ainsi clair que le droit de rétention n'est pas un droit réel<sup>3</sup> puisqu'il est privé des attributs constitutifs de la réalité des droits : la préférence et la suite.

On peut encore apporter un autre argument à l'encontre du caractère réel du droit de rétention. Prenons l'exemple d'une personne qui loue son immeuble et qui, avant de le remettre à la disposition du preneur, y fait des dépenses qui incombent à ce dernier selon le contrat de bail. Le bailleur propriétaire aura la faculté de retenir son immeuble en garantie du remboursement de ses dépenses ; or, comment expliquer un droit réel sur sa propre chose ?

Certains auteurs<sup>4</sup> voient dans le droit de rétention un droit personnel, mais opposable quand même aux tiers.

Il nous semble que c'est là une doctrine inexacte : car si un droit peut être réel sans comporter absolument de droit de suite, comme il arrive pour les privilèges sur les meubles, en revanche un droit personnel est toujours inopposable aux tiers. Le droit de rétention a donc une double fonction :

d'une part une garantie pour le paiement, d'autre part un moyen de défense, opposable sous forme d'exception, qui com-

<sup>2</sup> Il faut remarquer que pour que le rétenteur puisse invoquer le droit de rétention, il n'a pas besoin de posséder la chose *animo domini*. En effet, le locataire et le dépositaire, qui sont détenteurs et non pas possesseurs, peuvent être des rétenteurs au sens de la loi (CCF. 1749 et 1948).

<sup>3</sup> Certains auteurs se prononcent toutefois pour la réalité du droit de rétention. Citons : Cabrye, op. cit., no 74 et 75 ; Glasson, op. cit., p. 35-45 ; Guillelouard, op. cit., p. 293 et ss. ; Mourlon, op. cit., tome II, no 215.

<sup>4</sup> Aubry et Rau, op. cit., tome III no 256 *bis* ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., tome I, p. 217.

pète au créancier détenteur d'une chose quand il se voit intenter une action en revendication de cette chose.

Nous disons que l'exception fondée sur le droit de rétention est à opposabilité absolue. Le créancier peut, en effet, l'opposer non seulement au débiteur propriétaire de la chose, mais également à ses ayants cause, c'est-à-dire aux successeurs pour cause de mort, aux créanciers chirographaires et privilégiés<sup>5</sup>, et aux acquéreurs de l'objet retenu. Pour les créanciers chirographaires, la conséquence est parfaitement évidente. Ne bénéficiant d'aucun privilège, ils ne peuvent prétendre qu'au gage général que la loi leur accorde (art. 2093 CCF). Ils n'ont donc pas plus de droits que le débiteur lui-même, en vertu de l'adage *nemo plus juris transferre potest quam ipse habet*. En conséquence ils doivent s'incliner devant l'exception de rétention fondée en droit.

En revanche, la question est plus délicate en ce qui concerne les rapports entre le rétenteur et les créanciers hypothécaires ou privilégiés. Nul ne conteste la priorité du rétenteur devant ceux de ces créanciers dont le privilège est postérieur à la prise de possession de la chose. Pour ceux-ci, l'argument soulevé à propos des créanciers chirographaires reste valable. Mais pour les créanciers dont le privilège est antérieur à la naissance du droit de rétention, le principe *nemo plus juris...* n'est plus suffisant, ce qui autorise certains auteurs<sup>6</sup> à déclarer que le rétenteur ne reçoit la chose qu'avec les charges dont elle est grevée. Dès lors, il devrait céder devant ces créanciers. Ces mêmes auteurs avancent l'exemple de l'antichrésiste, dont le droit de rétention n'est pas opposable aux créanciers hypothécaires antérieurs.

Ces arguments ne sont cependant pas déterminants. En effet, le rétenteur ne saurait être assimilé à l'antichrésiste. Tandis que celui-ci acquiert son droit du propriétaire lui-même, celui-là retient la chose de sa propre autorité et sans la volonté, ou même contre la volonté du débiteur. Le rétenteur n'acquiert pas un droit

<sup>5</sup> Remarquons que les héritiers universels ou à titre universel du débiteur succèdent à ses obligations en même temps qu'à ses droits. Ils sont ainsi tenus d'acquitter préalablement la dette garantie par le droit de rétention.

<sup>6</sup> Cf. Aubry et Rau, op. cit., tome III, § 256 bis. Colin et Capitant, op. cit., tome II, no 1475. G. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., tome I, no 249. Guillouard, op. cit., no 114-117. Poitiers, 23 décembre 1935, D. 1936 107.

dérivé comme l'antichrésiste, mais bien un droit originaire<sup>7</sup>, qui naît avec la prise de possession de la chose. C'est pourquoi le droit de rétention doit pouvoir être opposé à tous les créanciers du débiteur, sans distinction de qualité ni de rang<sup>8</sup>. Notons en outre que très souvent la créance que le rétenteur a contre le propriétaire de la chose est la conséquence d'impenses faites par le rétenteur pour conserver ou améliorer la chose.

Une telle opinion s'inspire du fondement matériel du droit de rétention et permet de résoudre le conflit qui peut s'élever entre le rétenteur et le créancier gagiste titulaire d'un nantissement fictif institué par l'art. 2 du décret du 30 septembre 1953, N° 53968<sup>9</sup>. Prenons comme exemple le cas du garagiste qui, après avoir réparé une voiture faisant l'objet d'un tel nantissement, se prévaut de la priorité de son droit de rétention à l'encontre du nantissement fictif que ce décret accorde au vendeur selon un système qui joue la même fonction économique que la réserve de propriété en droit suisse. Certaines décisions<sup>10</sup> donnent la priorité au créancier gagiste, car sa possession, bien que fictive, est antérieure à celle du rétenteur. Nous ne pouvons pas partager cette manière de voir. En effet, une telle jurisprudence s'éloigne trop du fondement matériel du droit de rétention. La mainmise effective doit prévaloir sur une situation juridique fictive, c'est pourquoi il ne faut pas hésiter à donner la préférence au rétenteur sur le créancier gagiste à titre fictif<sup>11</sup>.

Quant aux acquéreurs de la chose du chef du débiteur, il est clair qu'ils doivent également respecter le droit de rétention, puisque leur auteur, le débiteur du droit, y est tenu. C'est de nouveau le principe *nemo plus juris...* qui s'applique. Cette solution s'impose d'ailleurs déjà au point de vue pratique, sinon le débiteur n'aurait qu'à aliéner la chose pour annihiler le droit du rétenteur. L'art. 1749 CCF qui donne au locataire le droit de demeurer dans les lieux

<sup>7</sup> Cf. Louis Josserand : *Cours de droit civil positif français*. Ed. III, tome II, no 1469. Cassin, op. cit., p. 678.

<sup>8</sup> Il convient d'observer que s'il s'agit de meubles, la possession l'emporte sur tout autre titre, par application de la règle de l'art. 2279 al. 1 : « En fait de meubles, possession vaut titre ».

<sup>9</sup> Ce décret a remplacé la loi du 29 décembre 1934.

<sup>10</sup> Gaz. pal. 1951 1 275.

Gaz. pal. 1950 2 383.

<sup>11</sup> Req. D. Aix, 31 janvier 1952, sommaire p. 67. Dalloz : *Répertoire de droit civil*, tome IV, no 87.

loués même lorsque l'immeuble a changé de main, consacre exactement la même solution.

Il convient d'examiner encore un cas, celui du propriétaire de la chose lorsqu'il est distinct du débiteur. Car il peut arriver qu'un tiers, possesseur dérivé de la chose, la remette au rétenteur et contracte à cette occasion une dette vis-à-vis de lui. Dans un tel cas, il n'y a aucun lien entre le propriétaire de la chose et son rétenteur. Néanmoins, le détenteur a le droit de retenir la chose tant que son débiteur qui la lui a transférée, ne s'est pas acquitté de sa dette, et cela en vertu du lien de connexité objective du *debitum cum re junctum*<sup>12</sup>.

Il est opportun de dire enfin que le principe de l'indivisibilité<sup>13</sup> est appliqué à l'objet du droit de rétention, comme il l'est à celui du gage, de l'antichrèse et de l'hypothèque (art. 2083, 2087, 2114 CCF).

Les textes légaux appuient cette analogie. Ainsi l'art. 867 CCF dit que le cohéritier qui doit faire le rapport en nature d'un immeuble peut le retenir « jusqu'au remboursement effectif » des sommes qui lui sont dues pour impenses et améliorations. Du moment que la loi ne précise pas la mesure du remboursement, il faut comprendre qu'elle accorde le droit de rétention jusqu'à extinction totale de la dette garantie.

De même, l'art. 1948 CCF donne au dépositaire le droit de rétention « jusqu'à l'entier paiement de ce qui lui est dû à raison du dépôt ». En effet, le droit de rétention ne peut jouer son rôle efficacement que s'il est indivisible.

Ainsi, le créancier peut retenir la totalité<sup>14</sup> des objets sur lesquels porte son droit de rétention, jusqu'au complet paiement de sa dette. Toutefois, le principe de l'indivisibilité n'est maintenu que si la créance invoquée par le rétenteur est dans un rapport de connexité avec la chose. En revanche, une chose retenue à propos d'une première dette ne pourra être retenue après l'extinction de cette dette sous prétexte que le même débiteur aura contracté un second engagement, mais sans connexité avec la chose.

<sup>12</sup> Req. 13 mai 1861, S. 61 1 665.

<sup>13</sup> Cf. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., tome I, no 244, Guillouard, op. cit., no 26 et 105. Thézard, op. cit., no 26.

<sup>14</sup> Civ. Paris, 20 décembre 1938. S. 39 2 177.

En conclusion, le droit de rétention apparaît seulement comme un moyen matériel de pression qui permet au créancier d'exercer une contrainte indirecte sur le débiteur, en retenant un objet donné.

Cette rétention permet en outre au créancier de refuser la restitution non seulement au débiteur mais à tout tiers, tant que la dette n'est pas éteinte. De cette façon, le créancier peut mettre obstacle à la saisie et retenir à l'encontre des autres créanciers. En revanche, le rétenteur ne peut réaliser la chose retenue et se payer sur son prix. Ce n'est donc qu'indirectement qu'il jouit d'un privilège. Mais la rétention qu'il peut opposer victorieusement aux autres créanciers constitue un avantage de fait appréciable et une sérieuse garantie.

## Section II

### OBLIGATIONS DU RETENTEUR

Le créancier rétenteur a un certain nombre d'obligations destinées à sauvegarder les droits du débiteur.

D'abord et avant tout, le rétenteur n'est évidemment pas légitimé à disposer de la chose. En effet, son droit ne s'étend pas si loin. Mais, en outre, il lui est interdit de se servir de la chose. A ce sujet, les art. 2079 et 1930 CCF concernant le gage et le dépôt, peuvent être appliqués par analogie. Et si même le dépositaire, qui dispose d'un droit personnel accordé par le déposant, si même le créancier gagiste, qui dispose d'un droit réel sur la chose, ne peuvent se servir de l'objet mis en dépôt ou en nantissement, alors à plus forte raison le rétenteur, qui garde la chose malgré la volonté du débiteur, doit-il s'abstenir de tout usage de cette chose.

Jusqu'où s'étend donc l'obligation de diligence du rétenteur sur la chose ? Le critère est celui qu'on retrouve chaque fois qu'une personne détient une chose qui ne lui appartient pas : elle doit la retenir « en bon père de famille »<sup>15</sup>. Un tel critère n'est pas dépendant des qualités personnelles du rétenteur. Il est objectif, en ce sens qu'il est apprécié selon la diligence moyenne avec laquelle les individus normaux conservent leur propre chose. Ce critère a pour but d'éviter que le propriétaire de la chose ait à

<sup>15</sup> Cf. Guillouard, op. cit., no 108. Glasson, op. cit., no 91. Art. 1137 CCF.

souffrir des soins médiocres qu'un rétenteur peu diligent pourra lui apporter. Il appartient au juge d'apprécier si le rétenteur a fait preuve d'une diligence moyenne à l'égard de la chose, et de protéger le propriétaire contre une attitude non conforme du rétenteur. Dans le cas où le propriétaire s'aperçoit que le comportement du rétenteur risque d'amener le dépérissement de son bien, il lui appartient de demander au tribunal de prononcer la déchéance du rétenteur et de lui permettre de reprendre la chose <sup>16</sup>.

Le devoir de diligence du rétenteur s'étend non seulement à la chose qui fait l'objet de la rétention, mais encore à ses accessoires, produits et fruits. Car le corollaire de l'obligation de conserver la chose « en bon père de famille » est de restituer la chose intacte, avec tous ses accessoires, produits et fruits. Cette obligation de restitution est échue avec l'extinction de la rétention, soit généralement au moment du paiement de la dette qui a donné naissance à cette rétention, en principal, intérêts et frais.

Si le rétenteur est tenu pour responsable de la perte de la chose ou de ses accessoires, produits et fruits, il devra indemniser complètement le propriétaire. En revanche, si la cause de la perte ou de la détérioration se trouve être le cas fortuit ou la force majeure, le créancier ne pourra être tenu pour responsable, et le débiteur supportera entièrement le dommage. Cette solution est consacrée par une jurisprudence constante en matière de gage, mais qui doit être étendue à toute chose « détenue », à quelque titre que ce soit, et notamment au domaine de notre institution.

La question des fruits mérite d'être examinée de plus près. En effet, deux doctrines s'opposent quant au sort des fruits produits, pendant le temps de la rétention, par une chose frugifère retenue.

Selon le premier système <sup>17</sup>, les fruits de la chose retenue seront la propriété du créancier rétenteur. Mais celui-ci devra les imputer sur les intérêts de sa créance, ou bien à défaut de tels intérêts, ou encore si la valeur des fruits dépasse celle des inté-

<sup>16</sup> Cf. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., tome I, no 250 et ss. Guillouard, no 108 à 126.

<sup>17</sup> Cf. Dalloz : *Répertoire alphabétique*. Tome X. 1924. Rétention no 62. Civ. 1898 D 99 2 53, note 6.

rêts, il devra déduire cette valeur ou ce trop-perçu du capital de la créance.

Les partisans <sup>18</sup> de l'autre système contestent le droit de propriété du rétenteur sur les fruits. C'est tout au plus un droit de rétention qui lui compète, sur les fruits comme sur la chose. Il doit les conserver de nouveau « en bon père de famille ». Toutefois, si les fruits sont périssables, le rétenteur devra les mettre à la disposition du propriétaire, qui pourra soit les reprendre en donnant au créancier une sûreté égale à leur valeur, soit autoriser celui-ci à les réaliser au prix courant et en imputer la valeur sur les intérêts ou le capital de sa créance.

Il est évident que ce dernier système, quelque peu compliqué, correspond à la nature du droit de rétention. Il n'y a pas de raison d'octroyer au rétenteur plus de droits sur les fruits qu'il n'en a sur la chose qui fait l'objet premier de la rétention. L'imputation envisagée par le premier système conduit le créancier rétenteur à bénéficier d'un paiement par préférence, ce qui est contraire aux principes qui ont été passés en revue précédemment et qui constituent la nature même du droit de rétention. Le rétenteur ne doit en effet jouir d'aucun privilège.

<sup>18</sup> Cf. Baudry-Lancantinerie et de Loynes, *op. cit.*, tome I, no 244 et ss. Cabrye : *op. cit.*, no 85. Glasson, p. 81 à 84. Pont, *op. cit.*, *Petits contrats*, tome II, no 1181. Prêt, *op. cit.* no 291.

## Chapitre V

### EXTINCTION DU DROIT DE RETENTION

Il y a deux modes d'extinction du droit de rétention :

1. Par voie de conséquence, lorsque la créance à la base du droit de rétention vient à s'éteindre ;
2. Par voie principale, lorsque certains faits qui mettent obstacle à l'exercice du droit se produisent, la créance du rétenteur continuant à exister.

#### Section I

##### EXTINCTION PAR VOIE DE CONSEQUENCE

Dès que la créance qui constitue la pierre angulaire de la rétention s'éteint, la détention cesse *ipso jure*, quand bien même le bénéficiaire de la rétention conserverait la détention de la chose, soit sans droit, soit pour une autre cause. Peu importe le mode d'extinction de la créance : paiement, compensation, confusion, remise de dette, novation, tous ces modes sont également opérants (art. 1234 CCF et ss.).

Un seul mode d'extinction des créances va retenir notre attention; il s'agit de la prescription trentenaire de l'art. 2262 CCF. Le fait d'exercer la rétention constitue-t-il une interruption de la dite prescription, ou celle-ci continue-t-elle au contraire à courir ? Comme d'habitude, chacune de ces hypothèses trouve des auteurs pour la défendre.

A. La première théorie<sup>1</sup> se fonde sur l'art. 2262 CCF qui consacre le principe général de la prescription trentenaire, sous réserve de certaines exceptions.

Selon les auteurs de cette première catégorie, le rétenteur ne fait pas partie de la liste des personnes privilégiées à l'égard desquelles la prescription ne court pas : mineurs, interdits, époux, héritiers (art. 2252 ss. CCF, 2258 CCF).

Or, l'énumération de la loi est limitative. De plus, la nature de la créance à la base de la rétention ne la classe pas parmi celles que l'art. 2257 CCF cite: créance conditionnelle, créance de l'action

<sup>1</sup> Cabrye, op. cit., no 98.

en garantie du chef d'éviction, créance à terme. Or, cette seconde énumération est, elle aussi, limitative.

Enfin, le fait d'exercer la rétention ne constitue pas une cause d'interruption ou de suspension de la prescription au sens de l'art. 2242 ss. CCF. De plus, il est toujours possible au rétenteur d'intenter une action contre le débiteur afin d'interrompre la prescription. La simple abstention du débiteur n'est pas suffisante pour entraîner la présomption d'une reconnaissance tacite de sa dette équivalant à une interruption de la prescription selon l'art. 2248 CCF. En effet, le débiteur peut renoncer à réclamer la chose retenue par le créancier alors même qu'il a déjà payé sa dette. Il serait inique de dresser contre le débiteur cette présomption d'interruption de la prescription que la loi n'institue nulle part.

Bref, les auteurs de la première catégorie soutiennent l'opinion que la créance du rétenteur se prescrit quand bien même il retient la chose du débiteur pendant trente ans, et qu'au bout de ces trente ans, son droit de rétention s'éteint, cela pour autant qu'une des causes légales d'interruption ou de suspension de la prescription n'est pas intervenue.

B. A l'opposé de l'opinion qui précède, la majorité des auteurs<sup>2</sup> est d'avis que la créance du rétenteur ne se prescrit pas tant qu'il détient la chose de son débiteur. Ces auteurs s'appuient sur l'art. 2248 CCF selon lequel la reconnaissance de la dette par le débiteur est une cause d'interruption de la prescription. Ils estiment que le débiteur ne saurait reconnaître plus clairement sa dette qu'en laissant sa chose — garantie de cette dette — entre les mains du créancier.

A l'objection que le rétenteur aurait dû accomplir un acte interruptif de la prescription, ils répondent que celui-ci se croit, en toute bonne foi, dispensé d'agir puisqu'il détient la preuve la plus palpable de son droit de créance, sous la forme de la chose du débiteur. Il est beaucoup plus logique d'attendre du débiteur une demande de restitution, et de considérer que son inaction, surtout pendant un si long laps de temps, est une reconnaissance tacite constamment renouvelée.

<sup>2</sup> Glasson, *op. cit.*, p. 164. Guillouard, *op. cit.*, no 122. Troplong, *op. cit.*, no 351 et 474.

Les auteurs de la première catégorie répliquent que ce système peut conduire le débiteur à devoir acquitter derechef une dette déjà payée. Ce danger est pratiquement très mince, car dans la plupart des cas le débiteur pourra apporter la preuve de son paiement, par exemple sous forme de reçu. En fait ce risque d'injustice est minime à côté de celui qui menacerait le créancier, détenteur tranquille pendant trente ans, s'il devait soudain restituer la chose retenue en garantie sans avoir été désintéressé par le débiteur.

Ainsi nous estimons que le droit de rétention paralyse la prescription trentenaire de la créance du rétenteur.

## Section II

### EXTINCTION PAR VOIE PRINCIPALE

Ce sont des modes propres au fait d'exercer la rétention. La créance qui est à la base de cette rétention n'est pas affectée, mais le créancier perd la maîtrise sur la chose par un des trois modes suivants.

A. Si le rétenteur perd la chose elle-même<sup>3</sup>, le débiteur n'est pas tenu de la remplacer par une autre garantie. En effet, le débiteur ne s'est jamais engagé à remettre une chose en possession du créancier à titre de garantie. Ainsi, en perdant la chose qu'il retenait, le rétenteur perd automatiquement le droit d'exercer la rétention.

La perte de la chose entraîne, outre la perte du droit, l'obligation du rétenteur d'indemniser le débiteur. Cette règle souffre une exception lorsque la chose disparaît ou périt par cas fortuit ou par force majeure. C'est alors le débiteur qui en supporte la conséquence.

B. Le rétenteur peut renoncer à son droit de façon expresse ou tacite. Il peut soit faire une déclaration de renonciation, soit abandonner<sup>4</sup> la chose retenue, ou encore procéder à une réalisation forcée qui le met sur le même plan que les autres créanciers de son débiteur.

<sup>3</sup> Glasson, op. cit., no 91. Guillouard, op. cit., no 108 à 126.

<sup>4</sup> Civ. 8 juillet 1913. D. 1914 1 241.

Quel que soit le mode de renonciation, la remise de dette n'est pas présumée, pas plus que dans le cas où le créancier-gagiste remet l'objet donné en nantissement (art. 1286 CCF).

C. Si le rétenteur n'honore pas son obligation de retenir la chose « en bon père de famille », soit en l'utilisant, soit en manquant de soins dans sa conservation, le débiteur peut faire constater l'abus par le juge. Alors le rétenteur sera déchu de son droit de rétention, de par la décision du tribunal <sup>5</sup>.

Pourtant, dans cette hypothèse comme dans les deux autres exposées ci-dessus, le créancier dont le droit de rétention est éteint ne perd pas pour autant son droit de créance.

<sup>5</sup> Cf. G. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., tome I, no 250 et ss. Guillouard, op. cit., no 108 à 126.

## CONCLUSION

Le législateur français n'a pas défini le droit de rétention, il ne l'a pas non plus réglementé de façon systématique. Il n'a consacré à cette institution que quelques dispositions particulières se rapportant à des situations juridiques précises, dispositions qui sont éparses dans différents chapitres du Code civil et dans quelques lois. Surtout le législateur français n'a pas distingué nettement le droit de rétention de l'*exceptio non adimpleti contractus*.

Cette carence de *lege lata* a eu pour conséquence que le droit de rétention est demeuré en France une institution obscure aux contours mal délimités. La doctrine et la jurisprudence hésitèrent à son sujet entre deux tendances : celle qui faisait du droit de rétention une institution générale dont les formulations légales étaient exemplaires et non limitatives — et celle qui prétendait que les cas de rétention se résumaient aux éventualités strictement prévues par la loi.

Si le droit de rétention général a finalement triomphé en droit français, c'est au prix d'une confusion regrettable entre deux situations pourtant fort différentes : la rétention qui est la mise en œuvre de l'exception d'inexécution d'un contrat, autrement dit la conséquence de la corrélation des deux prestations issues d'un même contrat synallagmatique parfait et le droit de rétention proprement dit, fondé uniquement sur le rapport de connexité objective unissant la créance à la chose retenue.

La jurisprudence française, sur la base de la théorie énonciative, est parvenue à dégager le principe général du droit de rétention des cas particuliers envisagés par le Code civil. Mais une partie de la doctrine en est restée à la méthode exégétique qui se refuse à toute extension et application analogique des textes. Cette méthode étriquée n'est heureusement pas celle de la majorité des interprètes.

Dans son contenu, le droit de rétention de la loi française est un simple moyen de pression qui permet au créancier de retenir un objet *erga omnes*, mais ne l'autorise pas à le faire réaliser. C'est donc une institution assez primitive et rudimentaire qui ne saurait être assimilée au droit de gage.



## DEUXIÈME PARTIE

---

# **Le droit de rétention en droit civil suisse**



## Chapitre I

### INTRODUCTION

#### Section I

#### LE DROIT DE RETENTION GENERAL DES ARTICLES 895 à 898 CCS

Alors que le code civil français ne contient aucun chapitre consacré au droit de rétention et ignore même ce terme, le code civil suisse du 10 décembre 1907 règle cette institution de façon systématique et générale par une série de dispositions groupées au titre XXIII, immédiatement après les règles qui concernent le gage mobilier et le nantissement. Les art. 895 à 898 CCS constituent un véritable petit code du droit de rétention ! Ils reprennent, avec quelques modifications de détail sur lesquelles nous reviendrons au cours de notre travail, les art. 224 à 228 de l'ancien code fédéral des obligations du 14 juin 1881. La disposition de base du Code civil actuel est constituée par l'art. 895, ainsi libellé :

« Le créancier qui, du consentement du débiteur, se trouve en possession de choses mobilières ou de papiers-valeurs appartenant à ce dernier, a le droit de les retenir jusqu'au paiement, à la condition que sa créance soit exigible et qu'il y ait un rapport naturel de connexité entre elle et l'objet retenu.

« Cette connexité existe pour les commerçants dès que la possession de la chose et la créance résultent de leurs relations d'affaires.

« Le droit de rétention s'étend même aux choses qui ne sont pas la propriété du débiteur, pourvu que le créancier les ait reçues de bonne foi ; demeurent réservés les droits dérivant pour les tiers de leur possession antérieure ».

L'art. 895 est complété par l'art. 896 qui précise de la façon suivante les conditions de naissance et d'exercice du droit de rétention.

« Le droit de rétention ne peut s'exercer sur des choses qui, de leur nature, ne sont pas réalisables.

« Il ne naît point, s'il est incompatible soit avec une obligation assumée par le créancier, soit avec les instructions données par le

débiteur lors de la remise de la chose ou auparavant, soit avec l'ordre public ».

Il ressort de la simple lecture de ces deux dispositions de base que le législateur suisse a érigé le droit de rétention en une institution générale. En droit suisse, il y a droit de rétention chaque fois que les conditions prévues par la loi pour sa naissance et son exercice se trouvent réalisées. Ces conditions sont des conditions générales en ce sens qu'il importe peu que la détention de la chose résulte d'un contrat ou d'une autre cause, à l'exclusion bien entendu d'un acte illicite.

L'article 895 montre au contraire qu'il faut et qu'il suffit qu'on se trouve en présence d'un créancier et d'un débiteur, d'une chose mobilière ou d'un papier-valeur se trouvant en la possession du créancier du consentement du débiteur, d'un rapport de connexité entre la créance et la chose retenue. Au surplus, la créance doit être exigible et l'objet retenu peut être soit la propriété du débiteur, soit celle d'un tiers sous réserve de la bonne foi du créancier et des droits des tiers précédemment possesseurs. Les restrictions posées par l'art. 896 à la naissance et à l'exercice du droit de rétention sont également des restrictions générales, qui tiennent soit à la nature de la chose retenue, soit aux rapports de droit civil qui unissent les parties en présence, soit encore à l'ordre public.

Certes, un examen plus attentif de l'art. 895 montre que cette disposition distingue entre le droit de rétention purement civil, objet de l'alinéa 1 et le droit de rétention commercial qu'envisage l'alinéa 2. Mais cette distinction ne concerne que la portée de la notion de connexité, interprétée plus largement lorsque le créancier et le débiteur sont tous deux commerçants en relations d'affaires<sup>1</sup>. Comme nous le verrons plus en détail, le droit de rétention a toujours le même contenu, qu'il s'agisse ou non de relations entre commerçants<sup>2</sup>.

Nous pouvons donc déjà constater que le législateur suisse n'a nullement limité l'application du droit de rétention à certaines situations contractuelles déterminées. Cette première constatation explique que la méthode selon laquelle nous allons exposer le

<sup>1</sup> Cf. *infra*, p. 79 et ss.

<sup>2</sup> Cf. Wieland : *Les droits réels dans le code civil suisse*. Trad. Bovay. Tome II, ad art. 895 no 1.

système suisse sera toute différente de la méthode que nous avons adoptée pour le droit français. En droit français, nous l'avons vu, l'institution du droit de rétention est essentiellement une création doctrinale et jurisprudentielle, une construction juridique édiflée à partir des cas spéciaux — expropriation, rapport du cohéritier, contrat de vente, de bail, de dépôt, de transport maritime — pour lesquels la loi française a prévu la rétention. Notre exposé de droit français se trouvait être ainsi naturellement un exposé de théories doctrinales s'efforçant de dégager des principes généraux de quelques dispositions spéciales éparses dans la loi et de certaines décisions jurisprudentielles. Mais il est clair que des articles généraux comme les art. 895 et 896 CCS nous dispensent d'examiner un problème comme celui d'un éventuel *numerus clausus* des cas de rétention en droit suisse. Il ne saurait y avoir pour le juriste suisse un choix à opérer entre une théorie limitative et une théorie énonciative par exemple. D'emblée les dispositions des art. 895 à 898 CCS excluent le *numerus clausus* des cas de rétention possibles. De même la frontière à tracer entre le droit de rétention, la compensation et l'exception d'inexécution ne nous sera pas donnée par le seul raisonnement juridique partant des cas particuliers pour arriver aux principes généraux, mais plutôt par la confrontation de textes positifs généraux.

Notre présentation du droit suisse sera donc différente dans son ordre et dans sa méthode de notre présentation du droit français. Ce sera essentiellement un commentaire des art. 895 à 898 CC. Nous ne nous écarterons donc guère de l'ordre systématique du code, sinon pour la commodité de l'exposé.

Outre les art. 895 et 896, le code civil suisse consacre encore deux dispositions au droit de rétention ordinaire, les art. 897 et 898 CCS.

L'art. 897 al. 1 dispose qu'à l'égard d'un débiteur insolvable, le créancier peut exercer son droit de rétention même lorsque la créance n'est pas encore exigible. Il s'agit donc d'une dérogation au principe posé par l'alinéa 1 de l'art. 895 qui veut que la créance soit exigible pour que naisse le droit de rétention.

L'art. 897 al. 2, lui, prévoit en outre que si l'insolvabilité du débiteur ne s'est produite ou n'est venue à la connaissance du créancier que postérieurement à la remise de la chose, le créancier peut exercer son droit nonobstant les instructions données

par le débiteur ou l'obligation qu'il aurait lui-même assumée de faire de la chose un usage déterminé. Il s'agit là d'une dérogation à la règle posée par l'al. 2 de l'art. 896.

Enfin, l'art. 898 règle les effets du droit de rétention et le mode de réalisation de la chose. Cet article prévoit que le créancier qui n'a reçu ni paiement, ni garantie suffisante peut, après un avertissement préalable, poursuivre la réalisation de la chose retenue conformément aux règles relatives au gage mobilier, c'est-à-dire suivant les voies de la poursuite en réalisation de gage. D'emblée, cette disposition nous donne une première indication sur la nature du droit de rétention prévu par le législateur suisse, le renvoi aux dispositions concernant le nantissement nous indiquant que c'est au chapitre des droits réels qu'il nous faudra le classer. Ici encore apparaît une différence importante entre le droit suisse et le droit français qui, lui, lors de la réalisation, distingue nettement la situation du rétenteur de celle du créancier gagiste ordinaire<sup>3</sup>.

L'al. 2 de l'art. 898 règle encore la réalisation des titres nominatifs qui ont le caractère de papiers-valeurs. Il dispose que l'office des faillites ou son préposé procède lui-même en lieu et place du débiteur aux actes nécessaires à la réalisation, c'est-à-dire aux écritures nécessaires à la légitimation de l'adjudicataire.

## Section II

### LES CAS SPECIAUX DE DROIT DE RETENTION

En plus du droit de rétention ordinaire des art. 895 à 898, le code civil suisse et le code des obligations qui le complète prévoient un certain nombre de cas spéciaux de rétention. Il s'agit des art. 700 al. 2 et 939 CC, 57, 272, 286, 401, 418, 434/439, 451, 485 al. 3 et 491 CO.

Dans tous ces cas particuliers de droit de rétention, le contenu du droit est le même que celui du droit de rétention ordinaire des art. 895 à 898 CC. Cependant ces cas de rétention spéciaux se distinguent du droit de rétention général en ce sens qu'ils représentent sur certains points, des dérogations aux conditions ordinaires de naissance et d'exercice du droit de rétention.

<sup>3</sup> Cf. *supra* p. 35.

L'art. 700 al. 2 CC permet au propriétaire d'un fonds d'exercer un droit de rétention sur les objets entraînés sur son fonds par cas fortuit ou par l'effet des forces naturelles. Le même droit peut être exercé sur les animaux, y compris les poissons et les essaims d'abeilles, qui s'y transportent. Dans tous ces cas, le droit de rétention s'exerce en garantie de la créance en dommages-intérêts qui peut résulter pour le propriétaire du dommage causé par la recherche et l'enlèvement des épaves. Le droit de rétention de l'art. 700 al. 2 CC est notamment la contre-partie de l'obligation du propriétaire de tolérer la recherche et l'enlèvement sur son fonds<sup>4</sup>.

L'art. 57 CO doit être rapproché de l'art. 700 CC. Il autorise tout possesseur, y compris le propriétaire d'un immeuble, à retenir les animaux appartenant à autrui qui causent un dommage sur son fonds en garantie de l'indemnité due de ce chef.

Enfin, l'art. 939 CC autorise le possesseur de bonne foi à retenir jusqu'au paiement la chose qu'il doit restituer, en garantie des impenses nécessaires et utiles qu'il y a faites. Nous reviendrons sur l'art. 939 au chapitre des immeubles, car l'objet de ce droit de rétention spécial peut être aussi bien meuble qu'immeuble.

Tant dans le cas de l'art. 939 CC que dans ceux des art. 700 CC et 57 CO, le droit de rétention du propriétaire ou du possesseur diffère du droit de rétention général de l'art. 895 CCS par le fait que le rétenteur a acquis la possession de la chose retenue sans le consentement du débiteur. En outre, l'art. 700 et l'art. 939 CCS n'exigent pas, contrairement à la condition posée par l'art. 896 CCS, que la chose retenue soit un objet réalisable de sa nature. Cela nous amène à examiner brièvement l'étendue du droit

<sup>4</sup> Cf. K. Oftinger : *Kommentar Zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Das Sachenrecht*. Tome IV, ad. art. 895 no 8. Dans un arrêt récent. Campbell c. Commune de Scanfs, 1954, RO 80 11 216 = JT 1955 1 290, le Tribunal fédéral a jugé avec raison que seuls les dommages causés par la recherche et l'enlèvement d'objets entraînés sur le fonds d'un tiers par une force naturelle ou par cas fortuit devaient être couverts par l'ayant-droit, soit le propriétaire desdits objets. Il ne serait pas équitable de rendre le propriétaire des objets responsable de la totalité des dommages subis. Le texte de l'art. 700 al. 1 CCS, est d'ailleurs clair ; il ne renferme pas de disposition spéciale instituant une responsabilité plus étendue au bénéfice du propriétaire du fonds. L'ayant-droit, selon l'art. 700 CCS, ne sera donc responsable que de son propre fait, soit la recherche et l'enlèvement proprement dit.

de rétention spécial de ces articles, en ce qui concerne le droit du rétenteur de faire réaliser, à défaut de paiement, la chose qu'il retient.

L'art. 898 CCS donne ce droit de réalisation au rétenteur ordinaire. L'art. 939 al. 1 CCS ne permet au possesseur de bonne foi que de « retenir » la chose jusqu'au paiement et ne mentionne directement ou par renvoi à l'art. 898 aucun droit de réalisation. Ainsi le rétenteur de l'art. 939 ne peut faire réaliser l'objet retenu et il ne dispose que d'une exception qui lui permet de refuser la restitution jusqu'au remboursement de ses dépenses. Il s'ensuit que le possesseur de bonne foi n'a aucun droit d'action pour recouvrer ses impenses et qu'il ne peut pas amener à composition son adversaire récalcitrant tant que celui-ci ne réclame pas la restitution. Pourtant le droit de rétention que le possesseur exerce reste un droit de rétention tout à fait analogue à l'institution prévue par l'art. 895 CCS<sup>5</sup>.

Alors que le texte de l'art. 57 CO dit aussi que le possesseur du fonds ne peut que retenir — ou éventuellement tuer — les animaux qui y pénètrent, rédaction dont on peut déduire qu'il n'a pas le droit de les faire réaliser, l'art. 700 CC déclare, lui, que le propriétaire peut exercer un « droit de rétention ». Plusieurs auteurs sont d'avis que ce droit de rétention comprend tous les droits accordés au rétenteur par les art. 895 à 898, et notamment le droit de faire réaliser la chose<sup>6</sup>. A notre sens, pourtant, la question est douteuse, vu l'analogie qui existe avec la situation de l'art. 939 CC puisque dans les deux cas le détenteur a acquis la possession sans le consentement du propriétaire. La jurisprudence ne s'est pas prononcée sur la question, à notre connaissance. Dans tous les cas, il faut bien entendu que la chose retenue soit réalisable de sa nature, ce qui est le cas des animaux de l'art. 57 CO, mais non forcément celui des épaves de l'art. 700. Cela nous renforce dans notre conviction que le « droit de rétention » de cette disposition n'est qu'une faculté de retenir jusqu'au paiement

<sup>5</sup> Cf. von Thur : *Code fédéral des obligations*. Trad. de Torrenté. Tome I, § 4, p. 31. Homberger : *Kommentar Zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*. Tome IV, IIIe partie. *Besitz und Grundbuch*, art. 939, ch. 15. Ostertag : *Kommentar Zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Das Sachenrecht*, tome IV, ad art. 939, ch. 10.

<sup>6</sup> Wieland, op. cit., ad art. 700 no 2. Haab, *Sachenrecht*, ad art. 700 no 12. Becker, *Obligationenrecht* ad art. 57 no 3.

sans pouvoir de réalisation. Remarquons, au surplus, que ce droit garantit la créance née des dommages causés par la recherche et l'enlèvement de l'épave, et que par conséquent la créance n'est exigible qu'une fois ce dommage connu, c'est-à-dire après l'enlèvement, alors que la chose n'est plus retenue. Il faut noter, et c'est également le cas pour le possesseur de l'art. 939 et 57 CO, que si le créancier ne peut faire procéder à la réalisation forcée, c'est parce que la poursuite devrait, dans la plupart des cas, être engagée contre inconnu, ce qui est contraire aux principes de la réalisation forcée.

L'art. 272 CO confère au bailleur d'un immeuble un droit de rétention sur les meubles qui garnissent les lieux loués, en garantie du loyer de l'année écoulée et du semestre courant. Le texte légal précise qu'il ne peut s'agir que de biens saisissables. L'art. 286 CO donne le même droit au bailleur à ferme, mais pour le loyer de l'année écoulée et de l'année courante. Dans les deux cas, l'art. 274 CO permet au bailleur de contraindre le preneur à ne pas vider les lieux loués et l'autorise à faire réintégrer avec l'assistance de la force publique les objets enlevés avec violence ou clandestinement.

Le droit de rétention du bailleur diffère du droit de rétention ordinaire sur plusieurs points. La différence essentielle, c'est que le créancier n'a pas la possession des objets retenus. En outre, la créance n'a pas besoin d'être entièrement exigible, le droit de rétention pouvant garantir le loyer du semestre ou de l'année en cours alors même que le preneur n'est pas insolvable. Enfin, le droit de rétention du bailleur ne peut être exercé que pour une créance de loyer et non pour d'autres obligations, mêmes connexes au bail<sup>7</sup>. Ici le droit de rétention spécial est plus restrictif que celui des art. 895 et ss. C'est pourquoi la jurisprudence du Tribunal fédéral va jusqu'à dire que le droit de rétention du bailleur est « un droit de rétention *sui generis* sans rapports directs avec l'institution prévue à l'art. 895 CCS et qui se rapproche plutôt du séquestre de la loi sur la poursuite pour dettes<sup>8</sup> ».

<sup>7</sup> C'est ainsi qu'il ne garantit pas la créance en indemnité pour réalisation indue de la part du preneur.

Rogenmoser c. Tiefengrund, 1935, RO 61 2 259 = JT 1936 1 166.

<sup>8</sup> Arrêt Cand. RO 1925 51 3 151.

Cependant, le droit de rétention du bailleur lui permet de poursuivre le débiteur en réalisation des biens grevés, à la condition de faire procéder au préalable à un inventaire des objets retenus<sup>9</sup>. Mentionnons encore que l'art. 491 CO confère un droit de rétention analogue à celui du bailleur aux aubergistes<sup>10</sup>, hôteliers et tenanciers d'écuries publiques, auxquels la jurisprudence assimile également les garagistes<sup>11</sup>.

Les art. 401, 418, 434, 439, 451 et 485 al. 3 CO concernent le droit de rétention spécial du mandataire, de l'agent<sup>12</sup>, du commissionnaire, du commissionnaire expéditeur, du voiturier et de l'entrepositaire. Ce groupe particulier de rétenteurs possède un droit de rétention qui tient à la fois du droit de rétention proprement dit et de l'exception d'inexécution. En effet, leur droit de rétention peut s'exercer tantôt sur des objets qui ne sont pas leur propriété, tantôt sur des choses dont ils sont devenus propriétaires au cours de l'exécution du contrat de base particulier qui les lie à leur débiteur. Nous reviendrons plus loin sur leur situation en examinant les rapports du droit de rétention proprement dit avec l'*exceptio non adimpleti contractus*.

Citons ici encore pour mémoire le droit de rétention des chemins de fer<sup>13</sup> qui est considéré comme un droit de gage et non de rétention *stricto sensu*<sup>14</sup>.

Toutes ces dispositions spéciales<sup>15</sup> constituent moins des cas d'application des art. 895 à 898 CC que des exceptions aux règles générales de ces articles. Leur présence dans la loi n'infirme donc pas la constatation faite au début de ce chapitre quant au caractère général du droit de rétention organisé par le législateur suisse. Il nous incombe maintenant de revenir au droit de rétention ordinaire et d'examiner de plus près le contenu des art. 895 à 898, base de notre étude.

<sup>9</sup> Art. 283 LP cf. arrêt SI Rue des Pâquis 3 SA, 1948, RO 74 3 11.

<sup>10</sup> Cf. Virgil Rossel : *Manuel du droit fédéral des obligations*. Tome I p. 565.

<sup>11</sup> Morgen c. Bucher & Cie. 1936. RO 62 2 151 = JT 1937 1 14.

<sup>12</sup> Le contrat d'agence est régi par une loi fédérale entrée en vigueur le 1er janvier 1950 et incorporée au CO dont elle constitue les art. 418 litt. a-v.

<sup>13</sup> Art. 47 LF du 11 mars 1948.

<sup>14</sup> Wieland, op. cit., ad art. 895 no 8.

<sup>15</sup> Sur ces dispositions spéciales voir notamment Oskar Brander : *Das Retentionsrecht nach Schweizerischem Zivilrecht*. Diss. Zurich 1933.

## Chapitre II

### NATURE ET NOTION DU DROIT DE RETENTION

#### Section I

##### LA DOCTRINE DOMINANTE

Nous avons vu qu'en droit français la nature du droit de rétention est très ambiguë et qu'elle a de ce chef donné lieu à de vives controverses. En droit français, nous sommes arrivés à la conclusion que la faculté de retenir accordée au créancier était moins un droit proprement dit qu'un moyen de pression, une situation caractérisée par la détention d'une chose en relation avec une créance née à propos de cette chose. L'absence de droit de préférence et de droit de suite, l'absence de tout privilège du créancier rétenteur dans la saisie et la vente de l'objet retenu, enlevait au droit de rétention du droit français tout caractère réel.

La situation est fort différente en droit suisse. Le législateur helvétique a traité du droit de rétention au titre XXIII du Code civil, qui porte l'intitulé général « Du gage mobilier ». Le chapitre premier de ce titre est intitulé « Du nantissement et du droit de rétention » et traite à la fois du gage mobilier ordinaire et du droit de rétention, comme s'il s'agissait d'institutions non seulement voisines, mais analogues. Bien plus, l'art. 37 al. 2 de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, définissant le sens du mot « gage » et « gage mobilier » dans le cadre des dispositions de l'exécution forcée, déclare formellement :

« L'expression **gage mobilier** comprend le nantissement, l'engagement du bétail, le **droit de rétention**, le gage des créances et autres droits ».

Il semble donc, à première vue, que la loi elle-même, par son texte, définit la nature juridique du droit de rétention et qu'elle le considère comme un droit réel restreint, une des formes du gage mobilier, très analogue au nantissement et exigeant comme lui la possession de la chose grevée par le titulaire du droit. Effectivement, la doctrine dominante du droit suisse qualifie le droit

de rétention de « droit de gage légal »<sup>1</sup>, légal en ce sens qu'il a son fondement directement dans la loi et non dans un nantissement convenu en vue de la garantie de la créance. Cette opinion est également celle de la jurisprudence<sup>2</sup>. Cependant à la suite de Huber, certains auteurs mettent en doute que ce droit de gage légal soit, en tous ses éléments, un véritable droit réel<sup>3</sup>. Il nous faut donc serrer de plus près la notion de droit de rétention. Nous commencerons par examiner ce que le code appelle les effets du droit de rétention, c'est-à-dire les droits conférés au rétenteur par l'art. 898 lorsque le créancier ne reçoit ni paiement ni garantie suffisante.

## Section II

### LE DROIT DE FAIRE REALISER LA CHOSE ET LA SITUATION DU RETENITEUR VIS-A-VIS DES AUTRES CREANCIERS

L'art. 898 CC dispose que le créancier qui n'a reçu ni paiement, ni garantie suffisante, peut, moyennant un avertissement préalable, poursuivre la réalisation de la chose retenue comme en matière de nantissement. Laissons de côté pour l'instant la question de l'avertissement préalable et des garanties substituées au droit de rétention et bornons-nous à relever qu'au contraire du droit français, le droit suisse met le rétenteur dans la même situation qu'un créancier gagiste lors de la réalisation. Autrement dit, il donne au créancier qui n'est pas désintéressé le droit de se payer sur le prix provenant de la réalisation de la chose<sup>4</sup>.

En dehors de la faillite, la réalisation a lieu selon les règles de la poursuite en réalisation de gage des art. 151 et ss LP. L'objet retenu est vendu par les soins de l'office et le produit net de la vente est remis au rétenteur jusqu'à concurrence de sa créance<sup>5</sup>. La vente de gré à gré est également possible, quand les

<sup>1</sup> Cf. Wieland, op. cit., ad, art. 895 no 7.

K. Oefinger, op. cit., art. 895 no 15. Rossel et Mentha : *Manuel de droit civil suisse*. Tome III, no 1646. Ces derniers auteurs parlent également de « droit de gage tacite », terme impropre, car il évoque l'idée d'un accord de volonté.

<sup>2</sup> Steinacher & Ruch c. Graf & Cie, 1912. RO 38 2 198/199.

<sup>3</sup> E. Huber : *Sachenrecht*, 71. Leemann : *Sachenrecht*, ad art. 895 no 1. Jacob : *Le droit de rétention d'après les art. 895-898 du code civil suisse*. Thèse Genève 1933, p. 31 et ss. Brander, op cit., p. 9.

<sup>4</sup> Art. 891 CCS.

<sup>5</sup> Art. 157 LP.

parties ont conclu à ce sujet un accord préalable et qu'il ne s'agit pas du pacte commissaire prohibé par l'art 894 CC<sup>6</sup>.

Conformément aux règles de la poursuite en réalisation de gage, le créancier rétenteur se trouve dans une situation privilégiée par rapport aux créanciers ordinaires du débiteur et notamment aux créanciers saisissants. Car si la chose retenue et vendue dans la poursuite en réalisation de gage était en même temps l'objet d'une saisie, l'office ne tiendra compte que du créancier rétenteur à l'exclusion des participants à la saisie. Ce n'est que s'il reste un excédent après la vente et le paiement de frais de réalisation que l'office le conservera pour les créanciers saisissants<sup>7</sup>. De même, dans le cadre de la faillite et conformément à l'art. 219 al. 1 LP, le rétenteur se verra colloqué par préférence sur le produit de la chose retenue.

L'art. 898 met donc le rétenteur dans une situation bien plus favorable en Suisse qu'en France. En droit français, le titulaire du droit de rétention se trouve placé sur le même pied que les créanciers ordinaires. En faisant saisir la chose, il en perd la maîtrise exclusive et le prix de réalisation est réparti au marc le franc entre lui-même et les créanciers chirographaires. Au contraire, en droit suisse, le rétenteur se voit préféré à tout autre créancier. En requérant la poursuite en réalisation, il ne renonce pas à son droit de rétention, comme le rétenteur français qui perd ainsi son unique privilège, celui de s'opposer à la réalisation requise par un tiers, mais il exerce son droit de rétenteur dans toute son étendue.

Cette situation nous donne une indication capitale sur la nature du droit de rétention, en droit suisse. Non seulement il apparaît comme une sorte de droit de gage lors de la réalisation, mais encore il apparaît comme un droit réel, opposable à tous. Le rétenteur dispose de cet élément essentiel du droit réel qu'est le droit de préférence.

Que se passe-t-il cependant si le droit de rétention se trouve en conflit avec un droit de gage ? Une situation de ce genre peut se présenter, par exemple lorsque l'objet grevé d'un droit de gage

<sup>6</sup> Cf. K. Oftinger : op. cit., ad art. 898 no 24.

<sup>7</sup> Cf. art. 113. ORI. applicable par analogie aux meubles.

a été confié à la garde d'un tiers et que ce tiers fait valoir un droit de rétention en garantie de ses impenses<sup>8</sup>.

Il ne suffit pas de considérer le simple fait de la possession pour résoudre le conflit qui peut s'élever entre le rétenteur et le gagiste. En effet, la seule considération de la possession amènerait toujours à faire préférer le possesseur actuel et effectif de la chose à celui qui n'en a pas la maîtrise physique. Car tant le droit de rétention que le nantissement supposent la possession. Le droit de rétention s'éteint sitôt que le rétenteur cesse de posséder l'objet ; en revanche le droit du gagiste subsiste aussi longtemps qu'il est en mesure de réclamer la chose à un tiers possesseur. Malgré cette différence, il serait choquant de préférer systématiquement le possesseur actuel et effectif sans tenir compte de sa bonne ou de sa mauvaise foi. En matière de nantissement, l'art. 884 al. 2 CC dispose expressément que le droit de gage ne naît que si le créancier gagiste est nanti de la chose de bonne foi ; la loi réserve en outre formellement les droits dérivant pour les tiers de leur possession antérieure. La même exigence de bonne foi vaut pour le rétenteur en face du gagiste. Il doit être de bonne foi au moment où il prend possession de la chose, c'est-à-dire ignorer qu'un tiers est titulaire d'un droit préférable. Le degré d'attention et de vigilance qu'on peut attendre du rétenteur dépend des circonstances. Il suffit que le rétenteur soit de bonne foi au moment de la mise en possession. S'il n'apprend que plus tard l'existence du gage, son droit de rétention reste valable et prime le gage<sup>9</sup>.

Autrement dit, le rétenteur de mauvaise foi ne peut opposer au gagiste dépossédé le fait de sa possession. De même le gagiste de mauvaise foi ne peut opposer sa possession au rétenteur dépossédé. En revanche quand les deux parties sont de bonne foi, le fait de la possession sera déterminant, sauf si le gagiste est en mesure d'invoquer l'art. 934 CC.

La même exigence de bonne foi règle le droit de rétention sur les objets qui ne sont pas propriété du débiteur. Aux termes de l'art. 895 al. 3, le droit du rétenteur de bonne foi prime le droit

<sup>8</sup> Cf. Rossel et Mentha, *op. cit.*, ad art. 895 no 1657.

<sup>9</sup> Cf. Oftinger, *op. cit.*, ad art. 895 no 138. Tietgens c. Steinacher. 1912. RO 38 2 169 = JT 1913 1 174 Cons 5 p. 179 ad 224 ancien CO.

de propriété du tiers. Comme en matière de gage, les droits dérivant pour les tiers de leur possession antérieure sont réservés, ce qui signifie que, même de bonne foi, le rétenteur pourra se voir opposer l'art. 934 CC lorsque l'objet retenu est une chose perdue ou volée.

Opposable à quiconque lors de la réalisation valable *erga omnes*, le droit de rétention apparaît donc bien comme un droit réel lorsque on considère la situation du rétenteur vis-à-vis des autres créanciers et au moment où il exerce son droit jusqu'au bout et poursuit la réalisation.

Le droit de rétention est-il indivisible comme le droit de gage ? On sait que le créancier gagiste peut retenir la totalité des objets sur lesquels porte son droit de gage, que ces objets soient divisibles ou non, aussi longtemps qu'il n'est pas intégralement payé<sup>10</sup> et alors même que leur valeur dépasserait celle de la créance. Ce principe d'indivisibilité doit être nuancé en matière de droit de rétention. L'indivisibilité doit être affirmée mais dans une mesure restreinte. Le rétenteur est en droit de retenir toutes les fractions d'un objet divisible, jusqu'au complet paiement, alors même qu'une seule de ces fractions suffirait à le couvrir.

Il est vrai que la doctrine est partagée sur cette question. Certains auteurs affirment nettement l'indivisibilité<sup>11</sup>, Jacob la nie tout aussi nettement, en s'appuyant sur le texte de l'art. 898 al. 1 CCS qui subordonne l'extinction du droit à un paiement ou à une garantie **suffisante**<sup>12</sup>. Wieland déclare également que l'art. 889 al. 2 n'est pas applicable au droit de rétention<sup>13</sup>.

A notre sens, le fait que l'art. 898 al. 1 parle de paiement ou de garantie suffisante ne permet pas de conclure à la divisibilité du droit de rétention. L'adjectif « suffisante » se rapporte uniquement à « garantie » dans le texte légal et quand il y a garantie, il n'y a plus droit de rétention, puisque la garantie est précisément fournie en lieu et place du droit de rétention et pour libérer la chose retenue. Au demeurant, quand bien même on considérerait

<sup>10</sup> Art. 889 al. 2 CC.

<sup>11</sup> Cf. Rossel et Mentha, op. cit., tome III, no 1656. De même Tuor: *Le code civil suisse*. Ed. II, trad. Deschenaux, p. 640, et K. Oftinger, op. cit., ad art. 895 no 26 et 141.

<sup>12</sup> Jacob, op. cit., p. 138. Brander, op. cit., p. 22.

<sup>13</sup> Wieland, op. cit., ad art. 895 no 2 litt. b.

que le mot « suffisant » se rapporte également à « paiement » dans le texte de l'art. 898, cette interprétation, loin de renverser notre interprétation, la confirmerait. Car un paiement suffisant, c'est un paiement qui éteint la dette, tandis qu'une garantie ou une sûreté peut être considérée comme « suffisante » alors même que la valeur qu'elle représente n'atteint pas le montant intégral de la créance.

Dans un arrêt relativement récent<sup>14</sup>, le Tribunal fédéral déclare ce qui suit à ce propos : « On admet que le droit de rétention doit s'exercer de manière à ne pas grever outre mesure le débiteur ou le tiers propriétaire. La règle énoncée à l'art. 889 al. 2 à propos du gage mobilier n'est pas applicable en matière de rétention. Le créancier ne peut retenir qu'autant d'objets que cela est nécessaire en vue de garantir sa créance pour laquelle son droit de rétention existe ». Et la Cour suprême fédérale se réfère ici à un arrêt plus ancien où le même principe est déjà posé<sup>15</sup>.

Le Tribunal fédéral semble ainsi affirmer que le droit de rétention est divisible. Nous croyons cependant que le considérant que nous venons de citer ne concerne pas la question de la divisibilité ou de l'indivisibilité du droit de rétention comme tel. Le Tribunal fédéral avait à résoudre un cas spécial : celui qui se présente lorsque le créancier détient plusieurs objets appartenant au débiteur ou à un tiers, objets dont la valeur totale dépasse ce qui est nécessaire pour la garantie de la créance. Dans un tel cas, le créancier ne peut prétendre retenir deux choses alors qu'une seule suffirait à le couvrir, et il ne peut se prévaloir de l'art. 889 al. 2. Au contraire, le créancier gagiste est en droit de ne pas restituer deux objets reçus en nantissement, quand bien même un paiement partiel rendrait cette garantie excessive. La raison en est que le nantissement comme tel résulte d'un accord de volontés par lequel le débiteur a consenti à l'engagement de tous les objets remis en gage, tandis que le débiteur du rétenteur se voit imposer le droit de rétention. La bonne foi interdit alors au créancier d'abuser de la situation.

Lorsque le rétenteur ne détient qu'une seule chose, il est en droit de la retenir, même si sa valeur dépasse celle de la créance.

<sup>14</sup> Schiffman c. Hollenstein, 1952. RO 78 2 140 = JT 1953 1 66, cons. 4 JT loc. cit. p. 70

<sup>15</sup> Natural Le Coultre AG, c. Kunz. 1920 RO 46 2 388 cons. 3 = JT 1921 1 85.

C'est bien la preuve que le droit de rétention comme tel est indivisible. En revanche, dans ce cas, si le débiteur fournit une autre garantie ou sûreté, de valeur inférieure, mais suffisante pour couvrir le créancier, ce dernier ne peut refuser, étant donné l'art. 898 al. 1, de restituer l'objet qu'il détenait primitivement. Mais on ne peut en déduire que le droit de rétention soit alors divisé. En effet, il s'éteint par la fourniture de la sûreté. Autrement dit, la possibilité que l'art. 898 donne au débiteur de fournir une garantie suffisante fait échec au principe de l'art. 889 en matière de gage ; mais on ne peut en conclure quoi que ce soit sur la nature divisible ou indivisible du droit de rétention, puisque la remise d'une garantie suffisante éteint le droit de rétention. Un droit éteint n'est pas un droit divisé ou indivisible.

L'indivisibilité du droit de rétention le rapproche encore du droit de gage. Elle constitue un nouvel élément en faveur de son caractère réel et nous aurons à en reparler quand nous examinerons la distinction qu'on doit faire entre le droit de rétention et l'exception d'inexécution dans les contrats bilatéraux.

Cependant l'examen de la situation et des droits du rétenteur, au moment critique et ultime de la réalisation, ne suffit pas pour que nous puissions conclure définitivement au caractère réel du droit de rétention. Il nous faut encore examiner la situation du créancier pendant la rétention elle-même. Comme nous allons le voir, il existe certaines différences d'importance entre le gage mobilier et le droit de rétention.

### Section III

#### LA SITUATION DU RETENITEUR PENDANT LA RETENTION COMPARAISON AVEC LA SITUATION DU CREANCIER GAGISTE

L'analogie que nous avons relevée, entre le droit de gage et le droit de rétention au moment de la réalisation, nous incitait à définir le droit de rétention comme un droit de gage légal et comme un droit réel. La confrontation plus serrée des deux institutions considérées dans leur intégralité, va maintenant nous permettre de nuancer notre première définition du droit de rétention.

L'art. 895 CCS dispose expressément qu'il n'y a droit de rétention que si le créancier se trouve en possession de la chose retenue du consentement du débiteur. Il faut donc non seulement possession,

mais encore consentement à la mise en possession pour que naisse le droit de rétention. Cette exigence de la loi est particulièrement importante en matière de droit de rétention. Elle empêche que cette institution ne devienne un pur instrument de propre justice ou de violence, le créancier saisissant à titre privé des objets en la possession de son débiteur. C'est pourquoi la doctrine admet que non seulement le droit de rétention ne naît pas quand la chose a été enlevée violemment au débiteur, mais encore quand le créancier a réussi à en prendre possession par tromperie ou par erreur<sup>16</sup>. Wieland<sup>17</sup> déclare, par exemple, que le commissionnaire chargé d'effectuer des achats n'a aucun droit de rétention sur les marchandises que son commettant lui aurait remises par erreur, puisque ce commissionnaire était chargé d'effectuer des achats, et non des ventes.

Il nous semble que Wieland s'est mis ici dans l'équivoque. En admettant que l'erreur peut s'opposer à la naissance du droit de rétention, il a l'air de dire que la mise en possession doit faire l'objet nécessairement d'un « contrat réel », auquel on peut appliquer telles quelles les règles des vices de volonté des art. 23 et ss. CO.

Or, la mise en possession du créancier ne résulte pas nécessairement d'un contrat et le consentement du débiteur n'a pas à porter sur d'autre élément que le fait purement physique de la possession, le fait que le créancier détient la chose. Il est clair que lorsque la chose a été enlevée au débiteur violemment ou furtivement, il n'y a pas de consentement du tout au fait de la possession. Par conséquent, le droit de rétention est inexistant ; il ne naît pas ou, si l'on préfère, il est nul dès le début.

En revanche, la situation est plus complexe en cas de dol ou d'erreur lors de la mise en possession. Dans cette éventualité, le débiteur a bien voulu la possession, mais son consentement a été vicié. Faut-il en conclure, comme Wieland semble l'admettre implicitement et comme Jacob le soutient<sup>18</sup>, que l'art. 31 CO est alors applicable et que le débiteur peut, dans le délai d'une année, déclarer qu'il ne ratifie pas l'accord vicié par dol, erreur ou

<sup>16</sup> K. Otfinger op. cit., ad art. 895 no 56.

Wieland, op. cit., ad art. 895 no 3.

<sup>17</sup> Wieland, op. cit., ad art. 895 no 3 litt. d.

<sup>18</sup> Jacob, op. cit., p. 44.

crainte fondée ? Nous pensons qu'il faut s'aventurer avec prudence sur ce terrain. En effet, dans la mesure où l'erreur ou le dol ne porte que sur le fait de la possession et sur le consentement à ce fait, on voit mal comment le débiteur pourrait déclarer ne pas ratifier ou ne pas maintenir, au sens de l'art. 31 CO, une situation de fait. Il faudrait alors admettre que la possession consentie est en elle-même un contrat, dans le cadre du droit de rétention, ce qui est contraire à l'essence de cette institution dont la base est purement légale et non contractuelle. Bref, on se trouve acculé, si l'on suit Jacob, à une série de difficultés. Si l'on prétend que la théorie des vices de volonté peut s'appliquer à la mise en possession parce que l'on considère non pas le simple fait de la possession, mais le contrat de base, soit celui qui est la source de la créance du rétenteur, on se heurte au fait qu'une erreur ou un dol portant sur ce simple consentement à la possession ne concerne pas nécessairement les éléments essentiels du contrat de base. Ainsi, dans l'exemple du commettant qui remet par erreur au commissionnaire certaines marchandises, l'erreur n'est pas forcément essentielle en ce qui concerne le contrat de commission, et le commettant débiteur peut fort bien désirer maintenir ce contrat, tout en contestant que le commissionnaire détienne certains objets avec son consentement.

Nous estimons que dans le cas d'erreur ou de tromperie lors de la prise de possession, c'est le principe général de la bonne foi qui peut être invoqué par le débiteur, sans qu'il soit nécessaire de s'en référer à la théorie des vices de volonté. Cette solution permet au débiteur de n'être pas limité par le délai d'un an de l'art. 31 CO. Notre opinion est conforme à la nature légale du droit de rétention, qu'il importe de ne pas obscurcir en y introduisant des éléments contractuels. La bonne foi interdit au rétenteur de se prévaloir d'une possession acquise sans le consentement du débiteur, que ce dernier ait ou n'ait pas fait la déclaration de l'art. 31 CO. Et cela essentiellement parce que son consentement ne porte que sur le fait de la possession, et non sur un contrat et ses éléments essentiels.

Au contraire, dans le nantissement, le consentement porte à la fois sur la possession et sur l'engagement proprement dit de la chose. C'est là une différence capitale entre le gage et le droit de rétention, ce dernier étant exercé contre le gré du débiteur,

contrairement au cas où le débiteur a consenti par avance à ce que la chose soit grevée.

L'art. 224 de l'ancien CO de 1881 accordait le droit de rétention au créancier sur les biens meubles et les titres qui se trouvaient « à sa disposition du consentement du débiteur ». Ce faisant, l'ancienne loi admettait que le simple détenteur pouvait être titulaire du droit de rétention. Le Code civil actuel parle, lui, de « possession » ; il faut entendre par là cette maîtrise effective de la chose dont parle l'art. 919 CCS, qui implique entre une personne et une chose un rapport stable et d'une durée relative ainsi qu'une certaine intention de posséder<sup>19</sup>.

La référence de l'art. 895 à la possession proprement dite exclut de la titularité du droit de rétention les simples auxiliaires ou instruments de la possession<sup>20</sup>, car la possession exige une certaine indépendance dans l'exercice de la volonté que n'ont pas les personnes qui, comme les enfants, les domestiques, les ouvriers d'un patron, sont obligés de suivre quant à l'usage de la chose les instructions de son seul vrai possesseur.

Le fait que les auxiliaires de la possession ne peuvent être titulaires du droit de rétention ne doit pas nous faire croire que la possession exigée par l'art. 895 doit être la possession originaire. C'est le contraire qui est vrai : le rétenteur doit être possesseur, mais il ne peut être que possesseur dérivé au sens de l'art. 920 CCS. En effet, l'al. 1 de l'art. 895 dispose formellement que le créancier ne peut retenir qu'une chose appartenant au débiteur ou encore — aux termes de l'art. 895, al. 3 — appartenant à des tiers, sous réserve de la bonne foi du rétenteur. Autrement dit, le rétenteur ne peut exercer un droit de rétention sur sa propre chose. En dépit des apparences, cette dernière hypothèse n'est pas absurde et la prohibition du droit de rétention sur sa propre chose n'est pas seulement théorique. Car, lorsque le créancier a reçu la possession de choses fongibles, remises par son débiteur ou un tiers, il en devient propriétaire en vertu des règles sur le mélange, dans la mesure où il n'y a pas individualisation par emballage ou tout autre procédé. L'impossibilité légale d'exercer un droit de rétention sur sa propre chose a donc pour consé-

<sup>19</sup> Cf. Tuor, op. cit., p. 422 et ss.

<sup>20</sup> Wieland, op. cit., ad art. 919 no 2.

quence d'exclure du droit de rétention les fongibles, notamment les sommes d'argent et les titres au porteur non individualisés, dont nous parlerons plus en détail au chapitre consacré aux biens pouvant être retenus. Cependant, dans le cas des fongibles et notamment des sommes d'argent, la fonction économique du droit de rétention sera assumée dans une large mesure par la **compensation** des art. 120 et ss. CO. Enfin, dans le cas du contrat de commission et du contrat d'entrepôt, les art. 434 et 485 al. 3 CO prévoient exceptionnellement un droit de rétention sur des marchandises dont le commissionnaire est devenu propriétaire ou sur le prix réalisé et, dans le cas du contrat d'entrepôt, sur toute marchandise quelconque ; mais il s'agit là d'un droit de rétention spécial échappant aux règles ordinaires et dont nous avons déjà traité <sup>21</sup>.

Remarquons que si certains auteurs ont admis, en droit suisse, la possibilité pour le propriétaire d'une chose mobilière d'avoir un droit de gage sur sa propre chose <sup>22</sup>, un droit de rétention du propriétaire sur sa propre chose est exclu par le texte même de l'art. 895 CC.

Nous pourrions tirer argument de l'impossibilité de retenir sa propre chose au titre du droit de rétention pour distinguer le droit de rétention de l'*exceptio non adimpleti contractus*. Avant d'aborder cette importante question, il nous reste à examiner la situation du rétenteur lorsque, pour une raison ou une autre, il perd la possession ou la maîtrise effective de la chose. Fidèles à notre méthode, nous comparerons cette situation à celle du créancier gagiste.

Aux termes de l'art. 888 CC, le nantissement s'éteint dès que le créancier gagiste cesse de posséder le gage et — c'est là l'important — qu'il ne peut le réclamer de tiers possesseurs. La simple perte de la possession ne suffit donc pas pour que s'éteigne le nantissement ; il faut que la chose ne puisse plus être réclamée. Pour faire respecter son droit et sa possession, le créancier gagiste dispose de plusieurs moyens. En tant que possesseur dérivé, il dispose contre les actes d'usurpation et de trouble des

<sup>21</sup> Cf. *supra* introduction p. 58.

<sup>22</sup> Cf. Wieland, op. cit., ad art. 889 no 3 litt. c. Nous laissons ici de côté, naturellement, les questions, d'ailleurs très délicates, relatives à la possibilité pour le propriétaire d'un immeuble d'avoir un gage immobilier sur son propre fonds. Cf. notamment l'art. 863 CC.

actions possessoires des art. 926 à 929 CC. A titre de possesseur également, il dispose contre tout possesseur illégitime de l'action de l'art. 934 CC, action fondée sur la possession, dans laquelle le demandeur n'a à prouver que sa possession antérieure, sans avoir à établir le droit sur lequel il se fonde et que certains auteurs<sup>23</sup> appellent, improprement d'ailleurs, action fondée sur le droit à la possession. Cette action permet de revendiquer, même contre un acquéreur de bonne foi, les choses volées, perdues et celles dont on s'est trouvé dessaisi contre sa volonté.

Outre l'action fondée sur la possession, le créancier gagiste dispose encore, en tant que titulaire d'un droit réel, d'une action réelle qui lui permet de revendiquer le gage contre quiconque le détient sans droit. Cette action fondée sur le droit de gage est le pendant de la revendication du propriétaire. Contrairement à l'action de l'art. 934 CC, elle n'est pas fondée seulement sur la possession antérieure, mais sur le droit de gage lui-même ; elle a pour fin non seulement la reprise de la chose, mais la constatation du nantissement<sup>24</sup>.

En tant que possesseur dérivé, le rétenteur peut, comme le gagiste, agir au possessoire par la réintégrande de l'art. 927 CC. Il peut également utiliser l'action fondée sur la possession antérieure, soit l'action de l'art. 934<sup>25</sup>. En effet, cette action, comme nous venons de le rappeler, n'est pas fondée sur un droit, mais sur le simple fait de la possession antérieure. Elle peut donc être exercée quand bien même la perte de la possession a provoqué l'extinction du droit de rétention, qui, aux termes de l'art. 895, n'existe que dans la mesure où le créancier possède. Si, par le jeu des actions possessoires ou de l'action fondée sur la possession antérieure, le rétenteur parvient à recouvrer la chose, son droit de rétention renaît avec la possession retrouvée. C'est à tort, selon nous, que l'Exposé des motifs dit à ce propos qu'un nouveau droit de rétention naît alors au profit du rétenteur<sup>26</sup>. Il est plus juste de dire, comme le même Exposé des motifs le fait, en parlant, quelques lignes plus haut, du gage, que le droit

<sup>23</sup> Cf. Wieland, *op. cit.*, ad art. 933 no 1. Tuor, *op. cit.*, p. 440 et ss.

<sup>24</sup> Cf. Wieland, art. 888 no 3 litt. a

<sup>25</sup> Cf. Jacob, *op. cit.*, p. 35. K. Oftinger, *op. cit.*, ad art. 895 no 151.

<sup>26</sup> Exposé des motifs, IIIe partie, p. 253.

« renaît » avec la reprise de la possession<sup>27</sup>. En effet, c'est bien l'ancien droit qui renaît, entre les mêmes personnes, sur la même chose et pour la même créance, si bien qu'il n'est pas logique de parler de nouveau droit.

Sur le plan de la possession et de l'action fondée sur la possession, la situation du rétenteur est donc identique à celle du gagiste. Mais elle en diffère profondément sur un point important : le rétenteur ne dispose pas d'une action fondée sur le droit de rétention lui-même, et donc analogue à la revendication du propriétaire et à l'action fondée sur le droit de gage du gagiste.

Dans l'Exposé des motifs, Huber déclare ce qui suit : « Celui qui possède un droit de rétention ne peut revendiquer la chose, si ce n'est dans l'hypothèse exceptionnelle de l'art. 284 LP qui l'autorise à la reprendre à bref délai<sup>28</sup>. Aussi bien, le créancier n'a pas d'action contre un autre possesseur et ne conserve pas son droit avec la faculté de reprendre la chose »<sup>29</sup>. On serait tenté de voir dans ces affirmations de Huber la négation de toute action quelconque du rétenteur dépossédé. Mais, malgré toute l'autorité du principal auteur du Code civil suisse, nous devons le contredire en partie. Comme nous venons de le voir, sa position trop absolue n'a pas été suivie par la doctrine<sup>30</sup> qui reconnaît au rétenteur l'action fondée sur la possession antérieure et l'action possessoire en dehors du cas spécial de l'art. 284, relatif au droit de rétention du bailleur. Ces deux actions étant fondées, non sur un droit, mais sur le fait de la possession, ne sauraient en effet être déniées au créancier rétenteur. En revanche, Huber s'accorde avec toute la doctrine postérieure quand il dit que le rétenteur ne peut **revendiquer** la chose, c'est-à-dire qu'il ne dispose pas, comme le gagiste, d'une action fondée sur son droit, son droit de rétention<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> Exposé des motifs, IIIe partie, p. 252. Cf. K. Otfinger, ad art. 895 no 177.

<sup>28</sup> Droit de suite du bailleur. Les objets emportés clandestinement ou avec violence peuvent être réintégrés avec l'assistance de la force publique dans les dix jours de leur déplacement.

<sup>29</sup> Exposé des motifs, IIIe partie, p. 253.

<sup>30</sup> Cf. *supra*, note 25, et Wieland, ad art. 895 no 2 litt. a.

<sup>31</sup> Wieland, op. cit., ad art. 895 no 2 litt. a. Jacob, op. cit., p. 34-35. K. Otfinger, ad art. 895 no 152.

Cette absence d'action réelle se justifierait, selon Jacob, par le fait que le rétenteur n'a pas de droit à la possession et qu'« il aurait été illogique de lui accorder une action pour la protection d'un droit qui n'existe pas »<sup>32</sup>. L'explication ne nous satisfait pas entièrement, tout au moins dans sa formulation. En particulier, nous comprenons mal ce que Jacob entend par « droit à la possession ». Nous préférons dire que le Code civil suisse a refusé de donner au rétenteur un titre, dont la source n'aurait pu être que la loi, puisque, si la chose se trouve entre les mains du créancier « du consentement du débiteur », ce dernier peut parfaitement n'avoir jamais envisagé — ni à plus forte raison accepté — la naissance du droit de rétention. Au lieu donc de conférer au créancier rétenteur un titre, le Code civil ne le protège que sur le plan possessoire. Lié à la possession en ce qui concerne sa naissance, il continue jusqu'au bout, soit jusqu'à la procédure de réalisation, à être limité par la portée des actions possessoires. Et s'il ne s'éteint pas tant que la possession de la chose peut être recouvrée, on peut voir là comme un vestige de cette idée médiévale, au demeurant profonde, que celui-là conserve la possession qui peut exercer la réintégration.

Cette absence d'action fondée sur le droit lui-même n'empêche pas Wieland et Rossel et Mentha<sup>33</sup> de faire du droit de rétention un véritable droit réel. Mais peut-on concevoir un droit dénué d'action ? Selon la doctrine classique, il n'y a pas de droit sans action, de même qu'inversément, il n'y a pas d'action sans droit ; selon la formule bien connue, l'action est le droit à l'état dynamique et, comme le disait Roguin, « le droit sur pied de guerre »<sup>34</sup>.

Aussi bien, parce que le droit de rétention ne confère au rétenteur aucune action fondée sur le droit lui-même, Huber en conclut-il qu'il n'est pas un droit réel intégral et pleinement achevé<sup>35</sup>. Il ne prétend pas que ce n'est qu'un droit personnel ; ce serait déplacer le problème, car le droit personnel suppose lui aussi une action, même si cette action se résout en une prétention

<sup>32</sup> Cf. Jacob, op. cit., p. 35.

<sup>33</sup> Wieland, op. cit., ad art. 895 no 1. Rossel et Mentha, op. cit., art. 895 no 1656.

<sup>34</sup> Cf. Ernest Roguin : *La science juridique pure*. Paris-Lausanne 1923. Tome II, p. 258.

<sup>35</sup> Cf. E. Huber, op. cit., Sachenrecht, 71 cf. *supra*, note 3.

en dommages-intérêts et n'a pas pour objet la chose elle-même. Considérant que le rétenteur dispose sur la chose d'un pouvoir réel de disposition, qui lui permet de la faire réaliser, mais qu'il ne dispose pas d'une action réelle pour recouvrer sa chose, Huber définit finalement le droit de rétention comme « un pouvoir réel de disposition, donc un droit de nature réelle, mais qui n'est pas le droit réel lui-même, *stricto sensu* »<sup>36</sup>.

Avec Leemann et Jacob<sup>37</sup>, nous nous rallions à cette manière de voir, bien que nous soyons conscients qu'on puisse qualifier de « boutade juridique » ce pouvoir réel de disposition qui, sans être totalement le droit réel intégral, est néanmoins de nature réelle. Nous osons dire que, sur le plan de la réalisation forcée, le droit de rétention est un droit réel tout à fait analogue au droit de gage.

En ce qui concerne en revanche les actions civiles, le rétenteur n'a pas à proprement parler, un droit réel. Il jouit simplement de la protection accordée au possesseur, cette possession étant plus forte que celle d'un simple possesseur sans titre, dans le sens que les droits réels légitimes des tiers, et notamment du débiteur, sont frappés de paralysie. Comme son nom même l'indique, le droit de rétention consiste à retenir et non à agir. Il meurt sitôt qu'on prétend le faire sortir du cadre que la loi lui assigne, mais à l'intérieur de ce cadre, à l'état statique de la rétention, il est bien le pouvoir de disposer d'une chose à l'égard de quiconque, donc un droit réel. Il n'est pas un rapport d'obligation entre deux personnes, mais un pouvoir exercé sur une chose. L'institution du droit de rétention montre à quel point est imparfaite la théorie qui veut qu'il n'y ait pas de droit sans action. Elle constitue un exemple typique de droit dépourvu d'action.

#### Section IV

#### LE DROIT DE RETENTION ET L'EXCEPTION D'INEXECUTION DE L'ART. 82 CO.

Nous avons vu, en étudiant en droit français la théorie du *debitum cum re junctum*, que la frontière du droit de rétention et de l'*exceptio non adimpleti contractus* était malaisée à tracer, nombre d'auteurs construisant le droit de rétention sur un quasi-

<sup>36</sup> Eine dingliche Verfügungsmacht, also dingliches Recht, ohne dieses selbst zu besitzen.

<sup>37</sup> Cf. *supra* note 3. p. 60.

contrat, ce qui entraînait inévitablement une confusion entre les notions de réciprocité et de connexité<sup>38</sup>.

Grâce à son fondement légal explicite et systématique, le droit de rétention de la législation suisse se distingue plus nettement de l'exception d'inexécution définie à l'art. 82 du Code des obligations. Bien plus, la confrontation de l'exception d'inexécution et du droit de rétention va nous permettre d'approfondir l'étude de sa nature de droit légal.

« Celui qui poursuit l'exécution d'un contrat bilatéral, dit l'art. 82 CO, doit avoir exécuté ou offrir d'exécuter sa propre obligation, à moins qu'il ne soit au bénéfice d'un terme d'après les clauses ou la nature du contrat ». Tel est en droit suisse l'article de base qui fonde l'*exceptio non adimpleti contractus*. Comme en droit français, l'exception d'inexécution du droit suisse est fondée sur le principe de la simultanéité de l'exécution des prestations des contrats bilatéraux parfaits. C'est même ce principe de la simultanéité de l'exécution que pose formellement l'art. 82, la reconnaissance de l'*exceptio non adimpleti contractus* en étant la conséquence. Si l'on se place au point de vue du débiteur et non à celui du créancier « qui poursuit l'exécution », comme le fait l'art. 82, le principe posé par cette disposition pourrait s'énoncer comme suit : le débiteur d'une obligation exigible n'est pas nécessairement tenu de s'exécuter lorsque son obligation résulte d'un contrat bilatéral parfait ; si son créancier n'a pas lui-même exécuté ou offert d'exécuter sa propre prestation, le débiteur disposera d'une exception dilatoire lui permettant de retenir sa propre prestation. Le contrat de vente est le type du contrat synallagmatique parfait dans lequel le jeu de l'exception d'inexécution peut être le plus facilement étudié. C'est en effet un contrat bilatéral pur, où les deux prestations, la chose et son prix, sont dans un rapport d'échange manifeste et où le principe de l'exécution simultanée, « Zug um Zug », comme dit la doctrine suisse, est posé par la loi elle-même, sauf usage ou convention contraire<sup>39</sup>. Nous prendrons donc la vente comme exemple pour confronter l'exception *non adimpleti* au droit de rétention.

<sup>38</sup> Cf. *supra*, p. 26 et ss.

<sup>39</sup> Art. 184 al. 2 CO.

Nous venons de dire que l'exception de l'art. 82 CO permettait au débiteur de « retenir » sa propre prestation tant que son co-contractant ne s'était pas exécuté. Nous avons à dessein employé ce terme pour montrer qu'à première vue il y a une parenté de fonction entre l'exception et le droit de rétention. Dans les deux cas, on se trouve en présence d'un moyen de pression destiné à contraindre un partenaire à exécuter une certaine prestation. Considérons maintenant les différences et, avant d'examiner celles qui tiennent au **fondement** des deux institutions, voyons celles qui apparaissent déjà dans leurs **effets**.

Le droit de rétention permet de retenir une chose en garantie d'une créance exigible. L'exception d'inexécution, elle, permet de retenir l'exécution de toute prestation quelconque dans le cadre d'un contrat bilatéral parfait où les prestations sont dans un rapport d'échange. Elle peut donc en principe s'appliquer aussi à une obligation de faire ou de ne pas faire et, en ce sens, elle est plus **générale** que le droit de rétention. Celui-ci ne permet de retenir qu'une chose mobilière ou un papier-valeur, et encore à certaines conditions tenant à la nature de l'objet retenu, que nous verrons plus loin <sup>40</sup>.

Pourtant l'*exceptio non adimpleti contractus*, dans le cas de la vente, par exemple, permet à l'acheteur de retenir le prix et au vendeur de ne pas livrer la chose. Est-ce à dire qu'on ait là une situation analogue à celle du droit de rétention ?

Une première différence apparaît aussitôt. Le rétenteur de l'art. 895 CC ne peut retenir qu'une chose appartenant à son débiteur ou à un tiers. Il ne peut exercer la rétention sur sa propre chose. En revanche, dans le cas de l'art. 82, lorsque l'obligation de l'excipant porte sur une chose, comme dans la vente, cette chose ne peut être que la propre chose de celui qui se prévaut de l'exception <sup>41</sup>. C'est évident dans la vente, où le prix, soit la somme d'argent, est bien propriété de l'acheteur et où l'objet vendu est également la propriété du vendeur, puisque en droit suisse, c'est la tradition qui est translatrice de propriété <sup>42</sup>, et non le contrat à lui seul, qui n'en est que la cause. En droit français, en revanche, le consentement réciproque opère le transfert de

<sup>40</sup> Cf. *infra* pp. 101 et ss.

<sup>41</sup> Cf. K. Otfinger, op. cit., ad art. 895 no 23.

<sup>42</sup> Art. 714 CCS.

propriété, si bien que celui qui invoque l'exception de l'inexécution retient la chose d'autrui, dans la vente, et non plus sa propre chose. C'est une des raisons qui tendent, en droit français, à estomper la délimitation du droit de rétention et de l'*exceptio non adimpleti contractus*.

Cette première remarque nous met sur la voie de la différence capitale qui sépare l'exception d'inexécution du droit de rétention. La première a son fondement dans le faisceau des obligations personnelles qui découlent d'un contrat bilatéral, d'un accord de volonté ; le second a sa source dans la loi, qui, en dehors de tout accord de volonté, confère au rétenteur un droit sur une chose, un droit réel opposable non seulement au débiteur, mais à quiconque. Comme tous les droits de nature réelle, le droit de rétention a le contenu que la loi lui assigne. Il permet au rétenteur de retenir la chose et de la faire réaliser. Mais cette chose demeure la chose d'autrui. Aussi bien doit-il prendre les soins nécessaires pour que la chose se conserve en bon état et encourt-il de ce chef la même responsabilité que le créancier gagiste<sup>43</sup> et l'usufruitier<sup>44</sup>. En principe, le rétenteur ne peut utiliser la chose pour son usage personnel<sup>45</sup>. S'il en dispose en dehors de la procédure d'exécution forcée et sans l'accord du débiteur, il pourra être poursuivi pénalement pour abus de confiance. Autrement dit, si le droit de rétention est absolu en ce sens qu'il vaut *erga omnes*, il est limité par sa fonction et sa nature même de droit de gage légal sur la chose d'autrui.

En revanche, le vendeur qui se prévaut de l'art. 82 CO, retient sa propre chose. S'il en dispose au profit d'un tiers, s'il la détruit, s'il se trouve dans l'impossibilité de la remplacer et de s'exécuter au moment où son co-contractant s'exécute lui-même, il n'encourra jamais que les conséquences de l'inexécution d'une obligation personnelle. Son obligation se résoudra en dommages-intérêts. En retenant sa propre prestation par l'exception d'inexécution, le débiteur ne conteste pas l'existence et la validité du rapport contractuel qui le lie à son co-contractant. Au contraire, il se prévaut de ce rapport bilatéral engendrant des obligations réci-

<sup>43</sup> Art. 890 CCS.

<sup>44</sup> Art. 752 al. 1 CCS.

<sup>45</sup> Cf. Jacob, op. cit., p. 129. La convention contraire est parfois admise implicitement par exemple pour un animal que le rétenteur doit nourrir. Cf. Wieland, op. cit., ad art. 890 no 2.

proques pour subordonner l'exécution de sa propre obligation à l'exécution ou à l'offre d'exécution de l'obligation de son partenaire. Sitôt que celui-ci s'exécute ou offre de s'exécuter, l'obligation de l'excipant de l'exception d'inexécution redevient actuelle et il est tenu de s'exécuter « trait pour trait ». Le rétenteur, lui, n'agit pas dans le cadre d'un contrat bilatéral. Pourvu qu'il soit titulaire d'une créance exigible et possesseur, avec le consentement du débiteur, d'une chose mobilière réalisable connexe à sa créance, il peut exercer son droit de rétention jusqu'à complet paiement ou remise de sûreté. L'exception d'inexécution a pour fin d'obtenir l'exécution réciproque de prestations convenues ; le droit de rétention, lui, a pour seule fin d'obtenir le paiement d'une dette ; il est unilatéral, sous réserve de la condition légale de la connexité objective entre la chose retenue et la créance.

D'un côté, fondement légal, au contenu strictement défini et limité par la loi, de l'autre, fondement contractuel et double lien d'obligations personnelles entre deux personnes. Cette différence de nature entre les deux institutions va déterminer également une répartition différente du fardeau de la preuve pour le rétenteur de l'art. 895 et l'excipant de l'exception d'inexécution. Le rétenteur doit établir lui-même que les conditions du droit de rétention qu'il invoque sont remplies. Il lui incombera de prouver que sa créance est exigible, connexe à la chose retenue, que sa possession s'exerce initialement du consentement du débiteur. La raison en est que le droit de rétention n'ayant pas sa source dans un accord de volonté, mais dans la loi, celui qui l'invoque doit, conformément au principe général de l'art. 8 CC, prouver les faits dont il se déduit légalement. En revanche, l'excipant de l'art. 82 n'a pas à établir que son co-contractant n'a pas fourni ou offert sa prestation. En effet, en poursuivant l'exécution d'un contrat bilatéral, ce co-contractant lui-même reconnaît devoir une contre-prestation. La clause selon laquelle l'une des prestations doit s'exécuter la première étant une exception à la règle légale de la simultanéité, elle doit être établie par la partie qui l'allègue<sup>46</sup>. Si donc le co-contractant prétend qu'il s'est exécuté, il doit le prouver<sup>47</sup>.

<sup>46</sup> Cf. von Thur, op. cit., tome II, p. 465.

<sup>47</sup> Le TF a cependant renversé le fardeau de la preuve dans le cas de l'*exceptio non rite adimpleti contractus*, soit lorsque l'excipant prétend que son co-contractant ne s'est acquitté qu'imparfaitement. Schlumpf c. Kocher, Lucerne 1933. RO 59 I 255 = JT 1934 I 281.

L'excipant de l'art. 82 est dans une situation défensive, il est défendeur. En poursuivant l'exécution sans s'exécuter en même temps, son co-contractant rompt l'équilibre du contrat bilatéral ; il doit donc prouver le bien-fondé de son action. Tandis que le rétenteur, qui n'est pas au bénéfice d'un contrat engendrant des obligations réciproques, doit prouver seul le bien-fondé de son droit.

Contrairement à ce que pourrait laisser supposer la rédaction de l'art. 82, l'*exceptio non adimpleti contractus* ne peut être opposée que dans les contrats bilatéraux parfaits, où les deux prestations se trouvent dans un rapport d'échange l'une par rapport à l'autre<sup>48</sup>. Or, l'art. 895 CC dispose que le droit de rétention ne peut s'exercer que s'il y a « un rapport naturel de connexité » entre la créance du rétenteur et l'objet retenu. Doit-on en conclure qu'il y a, sinon identité, du moins analogie entre ce rapport naturel de connexité qu'exige la loi pour le droit de rétention et ce rapport d'échange entre les prestations qui est la condition principale de l'exception de l'art. 82 ? Cette question, nous l'approfondirons en traitant de la connexité, une des conditions essentielles du droit de rétention. Nous y joindrons l'étude des cas où le droit de rétention ne naît pas, parce qu'il est incompatible avec une obligation assumée par le créancier ou avec les instructions données par le débiteur.

Ce point touche à la connexité et nous ramènera à l'*exceptio non adimpleti contractus*, ou plutôt aux situations dans lesquelles cette exception ne peut pas être invoquée, faute de rapport d'échange, mais où se pose alors la question du droit de rétention dit personnel, à cheval sur les deux institutions. Enfin, nous examinerons ensuite la condition d'exigibilité dans le droit de rétention, pour la rapprocher de la situation prévue par l'art. 83 CO dans le cadre de l'exception d'inexécution. Notre ordre d'exposition paraîtra peut-être manquer de systématique formelle. Il offre à nos yeux le mérite de nous permettre de serrer de plus près la notion du droit de rétention et celle de l'exception *non adimpleti contractus*.

<sup>48</sup> Cf. von Thur, op. cit., p. 464. Delétraz c. Hauser & Fils, 1928. RO 55 2 46 = JT 1929 1 329.

### Chapitre III

## LES CONDITIONS CIVILES DU DROIT DE RETENTION CONFRONTATION AVEC L'EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS

### Section I

#### LA CONNEXITE DE L'ART. 895 CCS

L'art. 895 CC ne définit pas la connexité *expressis verbis*. Il se borne à poser le principe qu'« un rapport naturel de connexité » doit exister entre la créance et l'objet retenu et à préciser que cette connexité existe pour les commerçants dès que la possession de la chose et la créance résultent de leurs relations d'affaires.

On peut déduire de ce texte que le législateur distingue deux catégories de connexité : la connexité commerciale et la connexité générale ou connexité civile, comme la nomme la doctrine. Cette connexité civile est plus étroite que la connexité commerciale, le texte de l'al. 2 de l'art. 895 montrant clairement que la notion de « relations d'affaires entre commerçants » est plus vaste que celle de rapport naturel entre une chose et une créance. C'est du moins ce qu'on peut déduire à première vue de la présence de l'al. 2, qui serait dépourvu de justification s'il ne constituait précisément une extension du principe posé par l'al. 1.

Qu'entend le législateur suisse par le terme de « rapport naturel de connexité » ? Vu le laconisme du code, il nous faut en référer à la doctrine et à la jurisprudence, d'ailleurs fort pauvres.

Dans un arrêt relativement récent<sup>1</sup>, le Tribunal fédéral déclare que la connexité (*Zusammenhang*) est réalisée lorsqu'il existe « une liaison naturelle et intime »<sup>2</sup> entre la créance et l'objet, que cette liaison naturelle provienne d'un même rapport juridique ou d'un complexe de rapports juridiques. Ce lien étroit et naturel est un rapport de fait plus qu'un rapport proprement

<sup>1</sup> Kitzinger c. Scherer. 1945 RO 71 2 86 = JT 1945 1 562.

<sup>2</sup> *Ein natürlicher innerer Zusammenhang*. Loc. cit. p. 88.

juridique, et c'est pour cela que la loi le qualifie de « rapport naturel ». Un auteur comme Oftinger va même jusqu'à parler de « lien économique étroit »<sup>3</sup>, tandis que Leemann dit qu'il y a connexité « quand la créance a sa source dans l'affaire par laquelle la chose est venue en possession du créancier »<sup>4</sup>.

Tout ceci est bien vague. Nous pouvons pourtant en déduire que la connexité n'est pas une notion aussi juridique et précise que la notion, par exemple, de rapport d'échange entre deux prestations découlant d'un même contrat bilatéral parfait. Nous sommes ici sur un terrain tout différent que celui du contrat, strictement délimité par sa nature et la volonté manifestée des parties. On peut, dans l'abstrait, affirmer que dans tout contrat de vente, la chose vendue et le prix se trouvent dans un rapport d'échange, rapport qui n'est pas seulement économique mais juridique, découlant de la nature même du contrat de vente. Mais on ne peut, toujours dans l'abstrait, dire de façon générale, quand et comment une créance doit être considérée comme ayant sa source dans une affaire qui a permis au créancier d'obtenir la possession d'une chose qu'il retient. L'embarras même de notre phrase montre à quel point il est difficile de définir de façon générale la notion de connexité. C'est pourquoi nous en sommes réduit, comme toute la doctrine, à reconnaître que le rapport naturel de connexité est une question d'espèce, qui s'apprécie de cas en cas à la lumière d'une affaire déterminée, d'une créance déterminée et d'un objet parvenu en la possession du créancier dans des circonstances déterminées.

Toute la doctrine s'accorde à reconnaître que la connexité civile existe indubitablement lorsque la créance est née à l'occasion et à cause de la chose retenue. C'est le *debitum cum re junctum* au sens propre, qui se présente lorsque la créance est née du chef des impenses faites sur la chose, ou pour elle, ou encore du dommage provoqué par cette chose. Jacob<sup>5</sup> nomme cette connexité-là « connexité objective » parce qu'elle est indépendante de tout rapport juridique préexistant entre créancier et débiteur. Elle naît du fait que le rétenteur a dû engager des dépenses pour

<sup>3</sup> *Der enge wirtschaftliche Zusammenhang*. Oftinger, op. cit., ad art. 895 no 83.

<sup>4</sup> Leemann, op. cit., ad art. 895 no 43. Cf. aussi no 47.

<sup>5</sup> Jacob, op. cit., p. 51.

assurer, par exemple, la garde ou la conservation de la chose qu'il détenait à un titre ou un autre<sup>6</sup> ou que cette chose lui a causé un dommage.

Dans le cas des impenses faites sur la chose ou à l'occasion de sa détention, ainsi que dans le cas des dommages provoqués par la chose, le rapport naturel de connexité est évident. Remarquons cependant que le droit de rétention que pourra invoquer l'auteur des impenses ou la victime du dommage, ne sera pas nécessairement le droit de rétention général de l'art. 895 CCS. En effet, dans le cas des impenses, il arrivera que l'art. 939 al. 1 CCS trouve application en lieu et place des art. 895 CCS et ss. Tel sera le cas notamment lorsqu'une vente est résiliée en raison des défauts de la chose vendue<sup>7</sup> et que l'acheteur, qui rend sa chose au vendeur, a le droit de lui réclamer le remboursement de ses impenses. L'acheteur est devenu propriétaire de la chose par la tradition consécutive à la vente ; il ne peut donc pas invoquer les art. 895 CCS et ss. Certains auteurs lui accordent toutefois, par analogie, la protection du possesseur de bonne foi de l'art. 939 al. 1 CCS<sup>8</sup>. Telle est notamment l'opinion de Jacob. Mais celui-ci déclare<sup>9</sup> en même temps que l'acheteur qui retient la chose en garantie de ses impenses, après résiliation du contrat, oppose à son ancien vendeur l'exception d'inexécution de l'art. 82 CO. Cette affirmation surprenante est propre à faire naître la confusion entre la connexité objective et l'*exceptio non adimpleti contractus*, alors précisément que le droit de rétention né des impenses se distingue nettement de l'exception d'inexécution. On ne voit pas comment l'acheteur, pour se faire rembourser ses impenses, opposerait à son vendeur l'inexécution d'un contrat résilié en raison des défauts, autrement dit d'un contrat qui n'existe plus. Il faudrait alors supposer que la restitution de la chose a fait naître après la résiliation du contrat de vente primitif un nouveau contrat *sui generis*, dans lequel la restitution serait la contre-prestation du remboursement du prix, des frais de procès et d'autres impenses. Nous ne pouvons nous rallier à cette opinion, puisque

<sup>6</sup> Par exemple, nourrir un animal, payer une note de garage, etc.

<sup>7</sup> Art. 205 CO.

<sup>8</sup> Cf. Jacob, op. cit., p. 54. Becker, op. cit., no 2 ad art. 208 paraît l'admettre implicitement.

<sup>9</sup> Cf. Jacob, op. cit., p. 54.

la résiliation de l'art. 205 CO est le résultat de l'action rédhibitoire et qu'elle est imposée au vendeur contre sa volonté, ce qui est exactement le contraire d'une situation contractuelle ! En réalité, l'exemple de connexité objective que nous avons choisi, celui de l'acheteur pour ses impenses, illustre encore la différence qui sépare le droit de rétention de l'*exceptio non adimpleti contractus*. Il n'y a exception d'inexécution que lorsque les prestations qui sont en rapport d'échange sont dues en vertu d'un contrat, d'un accord de volonté, alors que le rapport naturel de connexité du droit de rétention est indépendant de tout accord de volonté, ce qui est particulièrement évident dans le cas de la connexité objective, où la créance est née directement du chef de la détention de la chose.

La connexité de l'art. 895 ne se limite pas aux cas de connexité objective où la créance est née des dépenses effectuées pour la chose ou des dommages provoqués par elle. Nous avons précédemment cité l'opinion de Leemann qui déclare qu'il suffit que la créance ait sa source dans l'affaire par laquelle la chose est venue en la possession du créancier. Ajoutons à cette opinion l'avis de Wieland, qui écrit<sup>10</sup> qu'il y a connexité « lorsque la créance résulte du rapport de droit lui-même en vertu duquel la chose se trouve à la disposition du possesseur ». L'unanimité de la doctrine admet, en effet, la connexité simplement juridique, c'est-à-dire celle où la créance et la possession de la chose proviennent d'un même rapport juridique, voire d'un même complexe de rapports de droit, sans que la dette soit liée aussi intimement à la chose elle-même que dans le cas des impenses ou du dommage causé par l'objet. Selon la théorie de Wieland, qui est également celle d'Oftinger<sup>11</sup>, il suffit que la créance procède du même rapport de droit que celui qui a permis au créancier de détenir la chose. Et même, il est suffisant, si l'acquisition de la possession et la créance ne résultent pas d'un seul et identique rapport juridique, que l'un et l'autre rapports de droit se trouvent liés par un but commun ou soient en connexité naturelle.

Il faut s'entendre sur le sens de l'expression « rapport juridique » ou « rapport de droit », afin, d'une part, de ne pas donner

<sup>10</sup> Cf. Wieland, op. cit., ad art. 895 no 3 litt. b, bb.

<sup>11</sup> Cf. Oftinger, op. cit., ad art. 895 no 93.

une extension exagérée à la notion de connexité et, d'autre part, de ne pas retomber dans la confusion facile du droit de rétention et de l'exception d'inexécution.

« Il y a rapport juridique et par conséquent connexité, déclare Jacob, quand créance et mise en possession ont toutes deux leur cause dans un contrat synallagmatique parfait »<sup>12</sup>. Est-ce à dire que les conditions qui doivent être réalisées seront identiques à celles de l'exception d'inexécution, c'est-à-dire contrat bilatéral parfait, prestations réciproques dans un rapport d'échange simultané ? Il n'en est rien. Un exemple concret nous permettra de saisir la différence.

Une personne achète une voiture automobile et convient avec le vendeur que cette voiture lui sera livrée à telle date contre paiement comptant d'un acompte important. A l'échéance fixée le vendeur réclame le paiement de l'acompte, mais déclare qu'il ne peut pas livrer, le fabricant se trouvant en retard dans la livraison des voitures de ce type. L'acheteur refuse de verser son acompte tant que la voiture ne lui est pas livrée. Ce faisant, il exerce l'*exceptio non adimpleti contractus* ; il y a un rapport d'échange certain entre le paiement de l'acompte et la livraison. L'exécution simultanée des prestations résulte directement de l'accord des volontés, le fondement de l'exception d'inexécution est constitué par cet accord.

En revanche, si une personne confie sa voiture à un garagiste pour qu'il en vérifie simplement certains organes mécaniques, la situation est fort différente. Le contrat conclu est un contrat de mandat, mandat onéreux que le garagiste assume à titre professionnel. A l'expiration de son mandat, le garagiste devra restituer la voiture qui lui avait été confiée pour vérification ; le propriétaire de l'automobile devra payer la facture du garage. Ces deux actes, restitution de la chose confiée pour l'exécution du mandat et paiement de la facture, ne sont cependant pas en rapport d'échange. Ils ne constituent pas les deux prestations réciproques d'un contrat bilatéral parfait. Pourtant, le garagiste pourra exercer un droit de rétention sur l'automobile ; car sa créance est connexe à la possession de la voiture. C'est en effet à l'occasion du contrat de mandat que la voiture lui a été confiée et c'est en vertu

<sup>12</sup> Cf. Jacob, op. cit., p. 70.

de ce contrat que sa créance est née. Il y a donc un rapport entre la créance et la mise en possession ; si le mandat n'avait pas été conclu, la créance ne serait pas née et le garagiste ne serait pas devenu possesseur dérivé de la voiture. Mais, et c'est là l'important, ce rapport entre la possession et la créance n'est pas le rapport d'échange des deux prestations d'un contrat bilatéral parfait ; c'est un rapport de fait, un rapport « naturel » comme dit la loi, c'est à dire un rapport qui résulte de l'imbrication de fait qui existe entre la mise en possession et la cause de la créance, créance et possession résultant du même rapport de droit. Mais la mise en possession est bien une conséquence du contrat de mandat et, si la restitution de la voiture est une conséquence de la fin du mandat, cette restitution n'est pas la contre-prestation du garagiste à la prestation du client qui règle la facture de garage. Le devoir de restitution du garagiste n'est donc pas en rapport d'échange avec le paiement de la facture. En refusant de restituer la voiture tant que la facture n'est pas payée, le garagiste ne peut donc invoquer l'inexécution du mandat convenu. Il s'appuie seulement sur le fait que sa créance est connexe à la possession de la chose et, s'il a cette possibilité, c'est que la loi la lui donne en dehors de tout accord de volonté. Nous retrouvons là la grande différence qui sépare l'exception d'inexécution du droit de rétention : la première a un fondement contractuel, le second est purement légal.

Comme nous l'avons déjà dit incidemment, la doctrine suisse admet que la connexité civile est réalisée non seulement quand la créance et la possession de la chose proviennent d'un même rapport juridique, mais encore lorsque la créance et la possession découlent simplement d'un même complexe de rapports juridiques. Il convient d'emblée de préciser que cette connexité, née des « relations d'affaires », demeure la connexité civile de l'art. 895 al. 1 et qu'il ne s'agit pas de la connexité commerciale de l'alinéa 2 du même article, dont les conditions sont encore plus larges, mais qui concerne en revanche les seuls commerçants.

Comment distinguer cette connexité résultant d'un complexe de rapports juridiques de la connexité commerciale définie à l'art. 895 al. 2 ? Il faut avouer qu'en étendant la notion de connexité, la doctrine du droit suisse a créé une certaine confu-

sion, puisque justement l'al. 2 de l'art. 895 dit qu'il y a connexité commerciale entre commerçants « dès que la possession de la chose et la créance résultent de leurs relations d'affaires ». Or, il est difficile de définir « un complexe de rapports juridiques » autrement que par des « relations d'affaires », si bien que l'interprétation extensive de la notion de connexité civile finit par faire absorber l'al. 1 de l'art. 895 par l'al. 2 de cet article, et à étendre infiniment la notion de connexité. Il faut donc trouver un critère qui permette de tracer une limite entre la connexité commerciale et la connexité civile, dans les cas où un simple complexe de rapports juridiques crée le lien naturel nécessaire entre la créance et l'objet retenu.

Wieland<sup>13</sup> admet une connexité de ce type dans le cas suivant : celui d'un commissionnaire qui a exécuté plusieurs ordres de son client et qui est en droit de retenir, au profit des créances nées de l'exécution d'un ordre antérieur, les marchandises achetées en exécution d'ordres postérieurs. A première vue, il semble que la connexité civile n'est pas réalisée dans un cas semblable et que le droit de rétention n'est possible que si non seulement le commissionnaire, mais encore son client, sont tous deux commerçants. Mais Wieland ne se borne pas à prendre comme critère les relations d'affaires que constituent les séries d'ordres et leurs actes d'exécution. Il n'admet la connexité que « si chacun de ces ordres constitue une partie d'une spéculation unique comme, par exemple, lorsque les pertes subies sur des achats précédents doivent être compensées par de nouveaux achats »<sup>14</sup>. Le critère n'est donc plus les relations d'affaires comme telles, mais l'unité en tout cas économique de l'affaire, qui forme un tout naturel.

Nous pouvons nous rallier à cette manière de voir, mais il faut remarquer que cette extension de la notion de connexité ne peut être faite qu'avec la plus grande prudence pour qu'elle n'aboutisse pas à trahir l'intention du législateur, qui a entendu distinguer nettement la connexité commerciale, créée *ipso facto* par des relations d'affaires, de la connexité civile, qui suppose un lien plus étroit entre la créance et les faits qui sont à la base de la possession de la chose retenue.

<sup>13</sup> Wieland, op. cit., ad art. 895 no 3 litt. b-bb.

<sup>14</sup> Wieland, loc. cit.

Dans l'arrêt que nous avons déjà cité <sup>15</sup>, le Tribunal fédéral a admis la connexité dans le cas de plusieurs actes illicites de même nature commis par les mêmes auteurs contre le même lésé. Il s'agissait d'un antiquaire qui, par le truchement d'un homme de paille, avait vendu à un amateur une première fois sept tableaux prétendument de maîtres, mais en réalité en partie faux, et qui, à peu de jours d'intervalle, avait récidivé en lui vendant derechef deux tableaux qui étaient tout aussi douteux. L'acheteur, ayant découvert la supercherie, refusait d'acquitter le prix et réclamait des dommages-intérêts en garantie desquels il prétendait exercer un droit de rétention sur les tableaux. Le Tribunal fédéral a jugé que : « Lorsque des personnes se concertent pour causer un dommage à la même victime par deux fois dans l'espace d'une semaine et par les mêmes moyens, on peut admettre qu'il y a connexité entre leurs différents actes » <sup>16</sup>.

Nous pouvons remarquer que la notion du Tribunal fédéral est plus étroite que celle de Wieland. Alors que Wieland ne considère que le fait que l'affaire forme un tout, une unité, le Tribunal fédéral, lui, n'admet la connexité que parce que l'ensemble des actes considérés forme à la fois une opération unique et une opération réalisée pendant un très court laps de temps, en l'espèce une semaine. Cette précision nous paraît conforme à l'intention du législateur suisse, et propre à distinguer les relations d'affaires, qui peuvent s'étendre sur des mois, du complexe de rapports beaucoup plus étroit qui peut seul fonder la connexité civile.

Dans le cas qui nous occupe, le Tribunal fédéral motive encore son opinion par un considérant qui constitue peut-être la condition décisive. Il déclare que le rejet de la connexité serait contraire aux règles de la bonne foi. « Il ne conviendrait pas, continue l'arrêt cité, d'être moins exigeant pour le droit de rétention du créancier qui tient sa créance d'affaires contractuelles que pour celui qui la déduit d'un acte illicite » <sup>17</sup>. En effet, dans l'espèce qui nous occupe, la cause de la créance était l'acte illicite que constituait la tromperie dont l'acheteur des tableaux avait été victime. Du moment que l'on admet, en cas de droit de rétention garantissant la créance née d'un acte juridique régulier, qu'il

<sup>15</sup> Arrêt *Kitzinger c. Scherer*, 1945. RO 71 2 86 = JT 1945 1 562.

<sup>16</sup> Arrêt cité, cons. 2. JT 1945 1 p. 564.

<sup>17</sup> Arrêt cité p. 364.

suffit, pour qu'il y ait connexité, que la possession et la créance résultent d'un même complexe d'actes juridiques, à plus forte raison doit-on admettre cette corrélation naturelle quand la créance et la possession résultent d'un même complexe d'actes illicites. Sans quoi l'auteur de l'acte illicite serait protégé au mépris de la bonne foi et pourrait s'opposer victorieusement au droit de rétention.

Cette exigence de la bonne foi est conforme à la nature même de l'institution du droit de rétention, institution fondée sur l'équité avant tout. La bonne foi doit être à la base du droit qu'invoque le rétenteur et celui-ci ne saurait exercer son droit contre elle. C'est pourquoi nous disons que la connexité civile peut être reconnue lorsque la créance et la possession de la chose résultent d'un complexe de rapports juridiques, s'il est clair, à la lumière des principes de la bonne foi, que ce complexe de rapports juridiques recouvre une affaire unique, réalisée sans discontinuer sur une courte période. La connexité ne saurait être admise, par exemple, dans le cas, courant dans la pratique, d'un garagiste ayant effectué une réparation sur une automobile et qui, plusieurs mois après la reprise du véhicule par son propriétaire, profiterait du fait que le client ramène l'automobile au garage, dans l'intention de prendre de l'essence, pour exercer un droit de rétention en garantie de sa facture de réparation. Remarquons d'ailleurs que, dans ce cas, le garagiste a perdu la possession dans l'intervalle et qu'il ne peut ainsi prétendre à un droit de rétention.

L'admission, par la doctrine et par la jurisprudence suisses, d'une connexité civile en cas de complexe de rapports juridiques, illustre encore la différence qui sépare le droit de rétention de l'*exceptio non adimpleti contractus*. Il est évident, en effet, que l'exception d'inexécution ne peut être opposée que dans le cadre d'un unique contrat synallagmatique parfait, et que l'excipant ne peut refuser d'effectuer sa prestation dans un contrat parce que la prestation qui doit lui être faite dans un autre contrat, passé avec le même co-contractant, demeure inexécuté. Peu importe, dans le cas de l'*exceptio non adimpleti contractus*, que les deux contrats forment un tout économique, recouvre une affaire commerciale unique. Juridiquement, les deux contrats demeurent distincts et il n'est pas question de se prévaloir du comportement du co-

contractant, fût-il identique quant à sa personne, autrement que dans le cadre strict de deux prestations qui, dans le même contrat, sont en rapport d'échange. Même dans le cas de la vente par livraisons successives, où en cas de demeure l'acheteur peut surseoir au paiement d'une livraison ultérieure<sup>18</sup>, lorsque la livraison antérieure n'a pas été payée ou pour l'acheteur, n'a pas été effectuée, il n'y a pas de dérogation à ce principe. Car la vente par livraisons successives constitue non seulement une opération économique unique, mais un seul et unique contrat. Au contraire, la connexité fondée sur un complexe de rapports juridiques souffre que ces divers rapports soient autant de contrats distincts, comme dans le cas des faux tableaux, où il y avait deux contrats de vente séparés. En ce sens, la connexité est une notion beaucoup plus large que celle du rapport d'échange des deux prestations simultanées d'un contrat bilatéral parfait, et cela parce que le droit de rétention n'a aucun fondement contractuel, alors que l'exception d'inexécution est, elle, entièrement fondée sur le lien contractuel et la nature bilatérale de ce lien.

La connexité commerciale de l'art. 895 al. 2 CCS pose moins de questions. Il suffit, entre commerçants, que le droit de rétention ait pu prendre naissance pendant les relations d'affaires pour que le créancier soit en mesure de la faire valoir. Par relations d'affaires, on entend l'ensemble des opérations qui rentrent dans le cadre d'activité habituelle des deux commerçants en présence<sup>19</sup>. Le cas classique des relations d'affaires est celui où les deux parties sont en compte courant<sup>20</sup>. Cependant Wieland<sup>21</sup>, suivant en cela la jurisprudence du Tribunal fédéral<sup>22</sup>, estime avec raison que le créancier ne saurait faire valoir aucun droit de rétention en garantie du solde du compte-courant ouvert jusqu'alors sur des marchandises qu'il n'a reçues qu'après la cessation des relations d'affaires. Car, non seulement la créance, mais encore la possession, doivent exister au moment où existent également les relations d'affaires qui constituent le lien entre elles.

<sup>18</sup> Spöri & Weber c. Heim, 1926. RO 52 2 137 = JT 1926 1 337.

<sup>19</sup> Cf. Leemann, op. cit., ad art. 895 no 59.

<sup>20</sup> Konkursmasse der Sparkasse Eschlikon c. Konkursmasse Stücheli, 1917. RO 43 2 766 = JT 1918 1 265.

<sup>21</sup> Cf. Wieland, op. cit., ad art. 895 no 4.

<sup>22</sup> Dursclen c. Baader, 1884. RO 10 1 270 = JT 1884 1 529.

Enfin, pour qu'il y ait connexité commerciale, il faut que les parties en présence soient toutes les deux des commerçants au sens de la loi.

Conformément à l'art. 934 al. 1 CO, les commerçants, en droit suisse, sont toutes les personnes tenues de s'inscrire au Registre du commerce, que cette inscription ait eu lieu ou non en fait, et qui exploitent une fabrique, exercent une industrie en la forme commerciale ou font du commerce.

Toute personne inscrite au Registre du commerce est ainsi considérée comme « commerçant », en droit suisse, mais l'inverse n'est pas vrai. Les personnes physiques qui exercent une activité commerciale, sans être inscrites, peuvent également être considérées comme des commerçants lorsqu'elles font régulièrement des actes de commerce et qu'elles ne sont pas inscrites, par exemple parce que leur chiffre d'affaires n'atteint pas le montant à partir duquel l'inscription est obligatoire<sup>23</sup>. De même, le fait qu'une personne se trouve dans les conditions requises pour que l'inscription soit obligatoire, sans que cette inscription ait été opérée, par négligence, ne lui enlève pas la qualité de commerçant au sens de l'art. 895 al. 2 CCS. Au contraire, la simple preuve qu'une inscription aurait dû être opérée établira la qualité de commerçant de cette personne. La nature de l'activité exercée ordinairement par le sujet de droit considéré sera donc déterminante ; quant aux sociétés commerciales, c'est-à-dire aux sociétés de capitaux et à la société coopérative, leur qualité de « commerçant » résulte déjà sans discussion du fait que leur existence même dépend de l'inscription au Registre du commerce.

On entend par commerce, en droit suisse, essentiellement l'activité qui consiste à revendre des produits, au sens large, qu'il s'agisse d'immeubles ou de marchandises<sup>24</sup>. Les fabriques sont des entreprises qui manufacturent des matières premières ou transforment des marchandises à l'aide de moyens techniques ; les autres industries exploitées en la forme commerciale sont toutes celles qui ne rentrent pas dans les deux catégories précé-

<sup>23</sup> 25 000 fr., art. 54 de l'ordonnance du Registre du commerce. Ce chiffre est élevé à 50 000 fr. pour certaines entreprises énumérées par l'art. 1 de l'arrêté du Conseil fédéral du 3 décembre 1954.

<sup>24</sup> Cf. H. Guhl : *Le droit fédéral des obligations*. Trad. René des Gouttes, p. 577.

dentes, mais représentent toutefois une organisation technique nécessitant une comptabilité régulière<sup>25</sup>. C'est donc la nature de l'activité qui est déterminante, en tout cas pour les personnes physiques. Les cas douteux sont tranchés en fonction de cette activité. Le directeur d'un hôtel en tant que personne privée n'est pas un commerçant<sup>26</sup>, de même qu'un directeur de banque<sup>27</sup>, bien que l'entreprise considérée soit par exemple une société commerciale, une société anonyme ou une coopérative qui, elle, en tant que société, exerce une activité commerciale. Le droit de rétention commercial n'appartiendra donc pas au directeur individu sur la base des simples relations d'affaires.

## Section II

### LA CONDITION D'EXIGIBILITE

Aux termes de l'art. 895 al. 1 CC, le droit de rétention ne prend naissance que lorsque la créance est exigible. L'art. 224 al. 1 de l'ancien Code des obligations de 1881 parlait, lui, de « créance échue ». La nouvelle rédaction du Code civil est plus précise et plus exacte, les termes d'échu et d'exigible n'étant pas synonymes. En effet, une dette exigible n'est pas nécessairement échue, l'échéance étant une notion liée au temps, au terme, alors que l'exigibilité est de façon plus générale le moment où le créancier est en droit de réclamer l'exécution de la prestation, ce qui peut se présenter, suivant les circonstances et la nature de l'affaire, en dehors de tout terme proprement dit. Ainsi, dans la faillite, dès l'ouverture de celle-ci, toutes les dettes du failli deviennent exigibles, quand bien même elles ne sont pas échues, à l'exception de celles qui sont garanties par gage immobilier<sup>28</sup>.

Le moment de l'exigibilité est réglé par l'art. 75 CO, qui dispose que l'exécution de l'obligation dépend du terme stipulé entre parties ou de la nature de l'affaire et, qu'à défaut de l'une ou de l'autre de ces conditions, l'exécution peut être exigée immédiatement. Par terme stipulé on entend la convention qui fixe soit le

<sup>25</sup> X c. Commune Y et Canton de Zurich, 1944. RO 70 1 106.

<sup>26</sup> Dame Metzger c. Banque Cantonale Neuchâteloise. 1885. RO 11 384.

<sup>27</sup> Hirzel Burckhardt c. Geber und Konsorten. 1903. RO 29 11 80.

Fabriken Landquart c. Bossard. 1898. RO 24 11 364. SJ 1898 673.

<sup>28</sup> Art. 208 LP.

moment où la prestation doit être fournie, soit le délai dans lequel elle doit s'opérer<sup>29</sup>. Le terme peut également résulter de la nature de l'affaire ; par exemple, dans les contrats synallagmatiques parfaits, où les deux prestations sont dans un rapport d'échange, le principe de l'exécution simultanée résulte de la nature même du contrat et peut d'ailleurs fort bien se combiner avec un terme stipulé.

L'art. 75 CO ne mentionne pas le cas où l'exigibilité est subordonnée à une dénonciation, c'est-à-dire à un acte juridique unilatéral du créancier ou du débiteur ayant le caractère d'un droit formateur, modifiant la situation juridique existant avant son exercice<sup>30</sup>. La dénonciation est généralement fondée sur le contrat qui la prévoit. Dans le prêt, elle est prévue directement par la loi, l'art. 318 CO disposant que lorsque le contrat ne fixe ni terme de restitution, ni délai d'avertissement et n'oblige pas l'emprunteur à rendre à première réquisition, il bénéficie d'un délai de six semaines pour s'exécuter, à partir de la première réclamation du prêteur. En effet, à défaut de convention contraire, c'est la loi qui, pour de nombreuses obligations, fixe le moment de l'exigibilité, ainsi en matière de loyers et fermages et en matière de contrat de travail pour le salaire<sup>31</sup>. Nous venons de voir le cas de la faillite, où le moment de l'exigibilité est dissocié par la loi de l'échéance convenue et l'emporte donc sur tout terme stipulé.

Le rétenteur ne pourra donc exercer son droit de rétention que si la créance est bien exigible. Cette exigibilité doit exister au moment où le rétenteur invoque son droit, autrement dit où il refuse la restitution de la chose au titre du droit de rétention<sup>32</sup>. Il n'est pas nécessaire que la créance soit déjà exigible au moment de la mise en possession, elle peut aussi bien la précéder que la suivre<sup>33</sup>. Comme le dit Oftinger, le droit de rétention peut s'exercer, par exemple, alors même que la prétention du rétenteur ne devient exigible qu'au moment où celui-ci vient tout juste de remplir sa propre obligation ; tel est le cas du garagiste qui vient de terminer la réparation d'une voiture et retient cette voiture

<sup>29</sup> Cf. von Thur, op. cit., tome II, p. 448.

<sup>30</sup> Cf. von Thur, op. cit., tome II, p. 450. Cf. von Thur, op. cit., p. 19.

<sup>31</sup> Art. 262, 286, 333 CO.

<sup>32</sup> Oftinger, op. cit., ad art. 895 no 77.

<sup>33</sup> Leemann, op. cit., art. 895 no 33.

en garantie de la créance que l'exécution du contrat de mandat ou d'entreprise a rendue exigible à l'instant<sup>34</sup>.

Pour que le droit de rétention puisse être exercé, il n'est pas nécessaire que le débiteur se trouve en demeure au sens des art. 102 et ss. CO. Le droit de rétention est en effet entièrement indépendant de toute mise en péril des droits du rétenteur, qui n'a nullement besoin de prouver qu'il est exposé à subir un dommage pour pouvoir exercer son droit.

Wieland<sup>35</sup> et Jacob<sup>36</sup> remarquent à juste titre que le droit de rétention ne saurait s'exercer si la créance se heurte à une exception péremptoire ou dilatoire. L'exception péremptoire est le droit de refuser définitivement la prestation due en principe, pour un motif spécial tel que les défauts de la chose vendue, l'enrichissement illégitime ou la prescription par exemple. L'exception dilatoire est celle qui ne permet que de refuser provisoirement la prestation due, telle notre *exceptio non adimpleti contractus* ou celle découlant du terme non échu ou de la condition non réalisée<sup>37</sup>. Remarquons toutefois que si l'exercice de l'exception péremptoire ou dilatoire paralyse le droit de rétention, il n'empêche pas le fait de la rétention, le créancier rétenteur jouissant par la nature des choses de l'avantage de fait que constitue la possession effective de la chose retenue. Il faudra donc que le juge tranche et décide en quelle mesure l'exception péremptoire ou dilatoire peut être opposée définitivement ou provisoirement à l'exigibilité de la créance, ce qu'il fera dans le cadre d'une action en reconnaissance ou en libération de dette ou encore en revendication de la chose. Pratiquement, l'exception soulevée par le débiteur lui permettra de s'opposer à la réalisation forcée, mais il sera dans la plupart des cas obligé de subir le fait de la rétention proprement dite, en tout cas jusqu'à droit connu.

La situation sera la même si le débiteur, au lieu de soulever une exception de droit civil au sens strict, invoque l'objection, c'est-à-dire allègue un fait dont il résulte que non seulement le droit du créancier est paralysé, mais qu'il n'existe pas, parce qu'il

<sup>34</sup> Oftinger, loc. cit.

<sup>35</sup> Wieland, op. cit., ad art. 895 no 3 litt. a.

<sup>36</sup> Jacob, op. cit., p. 48.

<sup>37</sup> Cf. Claude Bonnard : *De la classification des exceptions et des exceptions de procédure en droit vaudois*. Thèse Lausanne 1948, p. 45.

n'est pas né ou s'est éteint, par exemple parce que le contrat de base est nul ou que la dette est éteinte par compensation<sup>38</sup>.

L'exigibilité de la dette n'est cependant pas une condition absolue à l'exercice du droit de rétention. Nous avons vu qu'en matière de bail<sup>39</sup>, l'art. 272 CO conférait au bailleur un droit de rétention garantissant non seulement le loyer de l'année écoulée, mais encore celui du semestre courant, même non exigible aux termes du contrat. Il est vrai qu'il s'agit ici du droit de rétention spécial du bailleur et non du droit de rétention commun des art. 895 CCS et ss. Néanmoins, ces dernières dispositions dérogent elles-mêmes à la règle absolue de l'exigibilité lorsque le débiteur est insolvable. Dans ce cas, aux termes de l'art. 897 CC. al. 1, le créancier peut exercer son droit de rétention même pour la garantie d'une créance non exigible.

L'art. 226 al. 1 de l'ancien CO supprimait l'exigence de l'exigibilité lorsque le débiteur était en faillite ou qu'il avait suspendu ses paiements. La nouvelle rédaction du Code civil se réfère à la notion plus générale d'insolvabilité, notion de droit fédéral que l'on rencontre dans plusieurs dispositions du CC et du CO<sup>40</sup>, notamment à l'art. 83 CO qui en matière d'*exceptio non adimpleti contractus*, dispose que lorsque les droits d'une des parties au contrat bilatéral sont mis en péril parce que l'autre est devenue insolvable — notamment en cas de faillite ou de saisie infructueuse — la partie ainsi menacée peut non seulement se refuser à exécuter, mais encore exiger des garanties et se départir du contrat si ces garanties ne lui sont pas fournies dans un délai convenable.

La notion d'insolvabilité de l'art. 897 CC est la même que celle de l'art. 83 CO<sup>41</sup>. Elle englobe non seulement la faillite et la saisie infructueuse, mais encore la cessation des paiements au sens large où la jurisprudence du Tribunal fédéral l'a définie. D'après cette jurisprudence, l'insolvabilité est un « état de fait qui est réalisé quand le débiteur manque des moyens financiers nécessaires pour désintéresser ses créanciers ; il faut cependant que cet état ne soit pas simplement passager, comme cela arrive par

<sup>38</sup> Cf. Bonnard, op. cit., p. 60.

<sup>39</sup> Cf. *supra* p. 57.

<sup>40</sup> Art. 77, 445 al. 1, 497, 604 al. 3 CC ; 83, 316, 354 CO.

<sup>41</sup> Cf. K. Oftinger, op. cit. ad art. 897 no 5.

exemple quand le débiteur est dans l'impossibilité momentanée de réaliser ses actifs. Autrement dit, la créance doit être irrecevable à un certain moment, c'est-à-dire qu'il doit être établi que le créancier n'a pu obtenir que partiellement le paiement de sa créance, après avoir utilisé tous les moyens de droit dont il disposait <sup>42</sup> ».

Malgré l'insolvabilité, le droit de rétention ne pourra néanmoins pas être exercé jusqu'à la réalisation lorsque le débiteur lui oppose une exception péremptoire, lui permettant de refuser définitivement sa prestation, ou une objection ayant le même effet. Dans ce cas, en effet, la créance est définitivement éteinte ou paralysée et le fait de l'insolvabilité ne saurait donner au créancier plus de droits qu'il n'en a. En revanche, quand le débiteur n'oppose à la créance qu'une exception dilatoire, le rétenteur pourra l'écarter en se prévalant de l'insolvabilité du débiteur, puisque, dans ce cas-là, le droit du débiteur de refuser sa prestation n'est que provisoire et que la situation juridique est analogue à celle qui se présente lorsque la dette n'est simplement pas échue <sup>43</sup>.

### Section III

#### LE DROIT DE RETENTION INCOMPATIBLE AVEC L'OBLIGATION ASSUMÉE PAR LE CRÉANCIER OU AVEC LES INSTRUCTIONS DONNÉES PAR LE DÉBITEUR LORS DE LA REMISE DE LA CHOSE, OU AUPARAVANT

Outre les conditions générales de l'art. 895 CC, la loi prévoit, à l'art. 896 CC des conditions particulières d'exclusion du droit de rétention. Nous traiterons au chapitre suivant des objets qui peuvent ou ne peuvent pas être grevés d'un droit de rétention, soit en raison de leur nature, soit en raison de l'ordre public. Nous examinerons ici les deux restrictions de caractère civil posées par l'al. 2 de l'art. 896, qui dispose que le droit de rétention « ne naît point, s'il est incompatible soit avec une obligation assumée par le créancier, soit avec les instructions données par le débiteur lors de la remise de la chose ou auparavant ». Une dispo-

<sup>42</sup> Arrêt Mauerhofer c. Röthenmund. 1942. RO 68 2 177 = JT 1942 1 566, 568.

<sup>43</sup> Cf. Wieland, op. cit., ad art. 897 no 2.

sition analogue existait déjà à l'art. 225 de l'ancien CO, qui déclarait que le droit de rétention ne peut s'exercer « au mépris des instructions données par le débiteur, soit lors de la remise de la chose, soit auparavant, ni contrairement à l'engagement pris par le créancier de faire de la chose un usage déterminé ».

Comme le remarque Wieland<sup>44</sup>, on ne peut entendre par « obligation assumée par le créancier » l'obligation finale de restituer la chose au débiteur, puisque le droit de rétention consiste précisément dans la faculté de retenir ce qui devrait être restitué dans les circonstances ordinaires. Il ne peut s'agir que d'une obligation spéciale et particulière, assumée en vertu du contrat à la base de la créance, ou d'un accord séparé antérieur ou postérieur à la mise en possession. Cette interprétation est confirmée par l'art. 897, al. 2, qui dispose qu'en cas d'insolvabilité postérieure à la remise de la chose, le droit de rétention peut s'exercer en dépit des instructions données par le débiteur ou de l'obligation assumée par le créancier « de faire de la chose un usage déterminé ». L'art. 897, al. 2, reprend donc la disposition de l'ancien art. 225 CO et l'on peut déduire de ce rappel que la nouvelle rédaction ne s'éloigne pas, quant au fond, de l'ancienne et que l'obligation assumée par le créancier ne peut être qu'une obligation spéciale.

Les instructions données par le débiteur semblent, à première vue, faire double emploi avec l'obligation particulière assumée par le créancier. Car, pour que ces instructions puissent faire échec à la naissance du droit de rétention, il faut qu'elles aient eu pour effet de faire naître sur la tête du créancier une obligation incompatible avec l'exercice du droit de rétention. L'ancien art. 225 CO groupait, semble-t-il, obligation et instructions sous une seule et même mention, car son texte peut se lire ainsi : « au mépris des instructions données par le débiteur de faire de la chose un usage déterminé » et « contrairement à l'engagement pris par le créancier de faire de la chose un usage déterminé ». Autrement dit, dans l'ancien art. 225 CO, les mots « de faire de la chose un usage déterminé » paraissent s'appliquer aussi bien à l'obligation assumée par le créancier qu'aux instructions données par le débiteur. C'est en ce sens que Wieland semble interpréter l'ancien art. 225 CO<sup>45</sup> et nous avons vu que la nouvelle

<sup>44</sup> Wieland, op. cit., ad art. 896 no 2 litt. a.

<sup>45</sup> Cf. Wieland, op. cit., ad art. 896 no 2 litt. b.

rédaction du Code civil ne change au fond rien à la réglementation <sup>46</sup>. Les instructions données par le débiteur n'excluront donc le droit de rétention que lorsqu'elles auront eu pour effet de faire assumer au créancier une obligation particulière, c'est-à-dire que lorsqu'il les aura expressément acceptées.

Faut-il en déduire que l'art. 896 al. 2 CC dit deux fois exactement la même chose sous une forme différente ? Il n'en est rien. En parlant des instructions données par le débiteur, l'art. 896 élargit le nombre des cas possibles d'exclusion du droit de rétention, en y englobant des situations où l'exclusion de la rétention serait douteuse si la loi ne parlait que d'« obligation assumée par le créancier ». Expliquons-nous :

L'obligation assumée par le créancier désigne au premier chef l'obligation découlant du contrat de base en vertu duquel la possession de la chose lui a été transmise. Ainsi, le voiturier qui, en vertu d'un contrat de transport, s'est engagé à transporter et à livrer des marchandises dont il a reçu possession, ne saurait se refuser à effectuer le transport et à retenir les marchandises en garantie de créances qu'il aurait contre l'expéditeur. Cette rétention serait incompatible avec son obligation particulière de voiturier, obligation assumée en vertu du contrat de transport, c'est-à-dire du contrat qui, en même temps, lui a conféré la possession dérivée de la chose. En revanche, lorsque l'obligation dérivant du contrat de base n'est, en soi, pas incompatible avec le droit de rétention, lorsqu'on la considère en elle-même, il peut arriver cependant que des instructions particulières, données par le débiteur de façon expresse, fassent naître sur la tête du créancier une obligation particulière de restituer et lui interdisent d'exercer un droit de rétention, alors qu'en lui-même le contrat de base ne suppose pas une telle incompatibilité. C'est ainsi que celui qui a pris possession d'une chose pour la réparer n'est, en principe, pas privé du droit de rétention pour sa créance connexe née de l'exécution du mandat ou du contrat d'entreprise. Rien, en effet, dans le contrat de base, ne crée l'obligation particulière de restituer en dépit d'un éventuel droit de rétention. Mais si le propriétaire a précisé que la chose devait être tenue en tout temps

<sup>46</sup> Cf. Exposé des motifs. III p. 254 litt B. qui déclare que seule la forme des dispositions a été modifiée.

à sa disposition, ou à celle d'un tiers, ces instructions particulières excluront le droit de rétention<sup>47</sup>. C'est ainsi qu'un professeur, en donnant à relier une collection d'ouvrages nécessaires à son enseignement, pourra préciser qu'il se réserve le droit de pouvoir reprendre les volumes en tout temps, même en cours du travail. Cette réserve interdira alors au rétenteur d'exercer son droit de rétention. C'est en ce sens que l'on doit dire qu'en mentionnant les instructions particulières du débiteur en plus de l'obligation particulière assumée par le créancier, l'al. 896 al. 2 CCS élargit le nombre des cas d'exclusion du droit de rétention.

C'est une question de fait que celle de savoir si oui ou non on se trouve en présence d'une instruction particulière du débiteur; elle s'appréciera essentiellement en fonction de la bonne foi des parties, sans perdre de vue le fait que le droit de rétention est une institution créée dans l'intérêt du créancier et qu'en conséquence, dans le doute, l'exclusion du droit de rétention n'est en tout cas pas présumée<sup>48</sup>.

La prise en considération des instructions données par le débiteur ayant pour effet d'augmenter les cas possibles d'exclusion du droit de rétention et de les étendre à des situations où l'incompatibilité ne provient pas du contrat de base, il en résulte que la question des exclusions du droit de rétention est de pure casuistique. La jurisprudence du Tribunal fédéral admet, par exemple, que le gérant d'une succursale, lié à sa maison par un contrat de travail, puisse exercer un droit de rétention sur les marchandises dont il a la possession, en dépit de son obligation de devoir les présenter en tout temps à l'inventaire<sup>49</sup>. Mais la solution contraire ne serait pas illogique, car l'on pourrait tout aussi bien considérer que le contrat de travail interdit à l'employé de retenir les objets et instruments qui lui ont été remis par l'employeur pour l'exécution du contrat, sans qu'il y ait même besoin d'instructions particulières.

Le caractère casuistique qui rend incertaine l'application de l'art. 896 al. 2 est particulièrement visible dans le cas du dépôt des art. 472 et ss. CO. L'art. 475 al. 1 CO dispose que le déposant

<sup>47</sup> Cf. Oftinger, op. cit., ad art. 896 no 17.

<sup>48</sup> Cf. Oftinger, op. cit., ad art. 896 no 16.

<sup>49</sup> Masse Petitpierre S. A. c. Burgat. 1941 RO 67 2 21.

peut réclamer en tout temps la chose déposée, avec ses accroissements, même si un terme a été fixé pour la durée du dépôt. Cette disposition semble signifier clairement que le contrat de base, qui met le dépositaire en possession d'une chose, lui fait assumer une obligation particulière de restitution en tout temps qui, même sans instructions formelles du déposant, exclut l'exercice du droit de rétention. C'est le raisonnement que soutient Wieland<sup>50</sup>, qui remarque que l'un des éléments essentiels du contrat de dépôt n'est pas seulement l'obligation de restituer, mais encore l'obligation de restituer « en tout temps », et qu'en outre l'art. 125 al. 1 CO interdit la compensation pour éteindre une créance ayant pour objet la restitution d'une chose déposée ou sa contre-valeur. Admettre le droit de rétention du dépositaire sur la base des art. 895 CC et ss. — même en garantie de créances connexes à la chose, comme celles des art. 473 al. 2 et 475 al. 2<sup>51</sup> — ce serait frauder la prohibition de l'art. 125 CO et consacrer une inégalité de traitement entre le dépositaire ordinaire et le dépositaire irrégulier, pour lequel la compensation est exclue et pour lequel il n'y a pas non plus de droit de rétention, puisqu'il est propriétaire des espèces déposées.

L'argumentation de Wieland est très forte. Elle n'est pourtant pas suivie par la majorité de la doctrine suisse, qui admet le droit de rétention de façon générale<sup>52</sup> ou, du moins, quand on est en présence de commerçants<sup>53</sup> en rapports d'affaires suivis. Quant au Tribunal fédéral, il a laissé la question ouverte dans un ancien arrêt<sup>54</sup>. D'autres auteurs se sont arrêtés à un moyen terme; ils admettent en principe le droit de rétention, mais l'excluent lorsqu'on se trouve en présence d'instructions expresses et particulières du déposant<sup>55</sup>. Pour nous, nous nous rallions à l'opinion de Wieland, la seule qui nous paraisse compatible avec les éléments essentiels du contrat de dépôt ordinaire, soit avec l'obligation du dépositaire de restituer en tout temps.

<sup>50</sup> Wieland, op. cit., ad art. 896 no 3.

<sup>51</sup> Dommages occasionnés par le dépôt et frais faits par le dépositaire en considération du terme convenu.

<sup>52</sup> Leemann, op. cit., ad art. 896 no 16. Schöenberg ad art. 475 CO no 8.

<sup>53</sup> Becker, op. cit., ad art. 473 no 7.

<sup>54</sup> SJ 1913 346.

<sup>55</sup> Cf. Oftinger, op. cit., ad art. 896 no 26.

Jacob, op. cit., p. 114.

Le contrat de dépôt va nous ramener à la distinction du droit de rétention et de l'*exceptio non adimpleti contractus* en examinant brièvement la curieuse institution que von Tuhr appelle « droit de rétention personnel ». Le contrat de dépôt n'est pas un contrat bilatéral parfait ; l'obligation du dépositaire de restituer la chose déposée et l'obligation du déposant de rembourser les dépenses du dépositaire ne sont pas dans le rapport d'échange indispensable pour que soit applicable l'art. 82 CO. Faute de rapport d'échange, le déposant ne peut retenir le remboursement des dépenses sous prétexte que la chose déposée ne lui est pas restituée. De même, le dépositaire ne peut s'appuyer sur l'art 82 CO pour retenir la chose tant que ses dépenses ne lui sont pas remboursées, exerçant alors une « rétention » au sens impropre, à fondement purement contractuel. En plus, nous venons de le voir, le dépositaire ne peut exercer, contre son obligation particulière de dépositaire, le droit de rétention ordinaire et le déposant, de son côté, ne peut invoquer les art. 895 et ss. CC, pour « retenir » un paiement, c'est-à-dire une somme d'argent dont il est propriétaire. L'art. 125 CO, en outre, exclut le recours à la compensation.

Von Thur rappelle que le droit commun et le droit allemand résolvent cette situation en conférant à l'une des parties un « droit de rétention personnel » ayant pratiquement le même effet que l'*exceptio non adimpleti contractus*, sauf que le fardeau de la preuve y est renversé au détriment de l'excipant<sup>56</sup>. Pour le droit suisse, il admet une application par analogie des dispositions concernant le droit de rétention ordinaire, permettant à chacune des parties de retenir, non seulement la chose d'autrui en sa possession, mais toute prestation, alors même qu'il n'y a pas de rapport d'échange, mais une simple connexité.

Nous ne pouvons que rejeter cette manière de voir qui tend à obscurcir, une fois de plus, la distinction de l'exception d'inexécution et du droit de rétention. Construire une pseudo-exception d'inexécution qui se ramène à un pseudo-droit de rétention est inadmissible. Nous reconnaissons qu'en excluant le droit de rétention lorsqu'il est incompatible avec une obligation assumée par le créancier, le législateur introduit dans l'institution du droit de rétention un élément contractuel. Mais cet élément contractuel

<sup>56</sup> Cf. von Thur, op. cit., § 64 p. 468, 469.

n'intervient que pour exclure le droit de rétention et ne le fonde aucunement, son fondement demeurant purement légal. Quant à l'exception d'inexécution, son fondement est exclusivement le caractère bilatéral d'un contrat, le fait que deux obligations contractuelles sont en rapport d'échange. Il est illogique de concevoir un pseudo-droit de rétention qui viole les conditions légales du droit de rétention et une pseudo-exception d'inexécution en l'absence de tout rapport d'échange.

Comme nous l'avons mentionné précédemment, l'art. 897 al. 2 permet au créancier, lorsque le débiteur est insolvable et que l'insolvabilité ne s'est produite ou n'a été connue que postérieurement à la remise de la chose, d'exercer son droit de rétention « nonobstant les instructions données par le débiteur ou l'obligation qu'il aurait lui-même assumée auparavant de faire de la chose un usage déterminé.

Cette disposition complète celle de l'art. 897, al. 1, permettant le droit de rétention dans le cas d'insolvabilité, même lorsque la créance n'est pas exigible. L'application de l'art. 897, al. 2, peut donner lieu à la curieuse situation que relèvent Rossel et Mentha<sup>57</sup> : deux commerçants sont en relations d'affaires et le premier doit 2000 fr. au second à l'échéance du tant. Après cette échéance, le premier envoie pour 5000 fr. de marchandises au second, pour qu'il les revende ou les garde en dépôt. Le second ne pourra pas exercer de droit de rétention sur ces marchandises pour sa créance de 2000 fr., car il agirait contre l'obligation particulière qu'il a assumée. Mais si le premier devient insolvable après l'envoi des marchandises, le second pourra exercer alors le droit de rétention pour sa créance de 2000 fr. Ce n'est pas très rationnel, puisque cela permet d'écarter l'obligation particulière née des instructions du débiteur ou du dépôt pour la garantie d'une créance qui n'a avec la seconde opération qu'un lointain rapport de compte-courant. Pourtant, notre dernier exemple montre bien que le fondement du droit de rétention demeure bien différent de celui de l'exception d'inexécution, puisque le droit de rétention, paralysé par l'obligation particulière assumée par le créancier, reparaît dans toute son étendue légale dès que l'insolvabilité vient faire échec à cette obligation particulière ou aux instructions du débiteur.

<sup>57</sup> Cf. Rossel et Mentha, *op. cit.*, tome III, no 1664.

## Chapitre IV

### LES BIENS QUI PEUVENT FAIRE OU NE PAS FAIRE L'OBJET D'UN DROIT DE RETENTION

Nous avons vu précédemment que le droit français permet de retenir tout bien corporel, qu'il soit meuble ou immeuble. Le système du droit suisse est plus restrictif. Il limite aux biens meubles réalisables de leur nature et aux papiers-valeurs les objets qui peuvent tomber sous le coup du droit de rétention. Cependant, comme nous l'avons relevé dans notre introduction, l'art. 939 CC permet au possesseur de bonne foi d'une chose mobilière ou immobilière de la retenir en garantie de ses impenses.

#### Section I

#### LES CHOSES MOBILIERES — LEURS DIVERS TYPES

Aux termes de l'art. 713 CCS, les choses mobilières sont les biens corporels qui peuvent se transporter d'un lieu dans un autre, sans dommage pour leur substance, faut-il ajouter implicitement. Les biens-fonds, les mines, soit les immeubles proprement dits, sont donc exclus du droit de rétention ainsi que leurs parties intégrantes au sens de l'art. 642 CCS. En revanche, les fruits naturels d'un immeuble, tels que les récoltes, deviennent choses mobilières dès la séparation. Une fois abattus, des arbres peuvent ainsi faire l'objet d'un droit de rétention. Il en est de même des constructions légères de l'art. 677 CCS, les boutiques, baraques, kiosques, qui demeurent des choses mobilières et ne sont pas inscrites au Registre foncier.

Les accessoires d'un immeuble sont également des choses mobilières, les objets mobiliers étant d'ailleurs les seuls qui peuvent posséder la qualité d'accessoires au sens de l'art. 644 CC al. 2. Sur ce point, il convient de remarquer que les « accessoires » de

l'art. 676, les conduites et canaux, ne sont pas de véritables accessoires et rentrent dans la catégorie des immeubles<sup>1</sup>.

Les ensembles de choses, comme par exemple une bibliothèque, un troupeau de moutons, un fonds de commerce, ne sauraient être retenus comme tels, car ils ne peuvent faire l'objet d'un unique droit réel. En revanche, le droit de rétention s'exercera sur chaque unité constituant l'ensemble, comme c'est le cas en matière de gage<sup>2</sup>.

Une mention spéciale doit être réservée aux choses consommables, c'est-à-dire celles qui se consomment par l'usage, qui peuvent être remplacées par d'autres de même nature et qui se comptent, pèsent ou mesurent. En vertu de la règle du mélange<sup>3</sup>, de telles choses deviennent la propriété du créancier qui en a la possession. Leur détention au titre du droit de rétention pose le problème du droit de rétention du créancier sur sa propre chose. Nous en traiterons ci-dessous, en parlant des restrictions du droit de rétention fondées sur la titularité du droit de propriété sur l'objet retenu.

L'art. 713 CCS classe au chapitre de la propriété mobilière les forces naturelles susceptibles d'appropriation. Faut-il en déduire qu'un droit de rétention pourrait être exercé, par exemple, sur l'énergie électrique, la fourniture du courant faisant incontestablement l'objet de transactions commerciales nombreuses ? Le bon sens nous indique cependant qu'une telle rétention serait pratiquement malaisée, en tout cas de la part du consommateur. Avec Wieland, nous estimons que les forces naturelles ne sont pas des choses proprement dites, mais « des états et des phénomènes présentés par les choses... »<sup>4</sup>. On ne peut donc concevoir à leur égard de droit de propriété ni de possession effective. En conséquences, elles ne peuvent tomber sous le coup du droit de rétention. Les biens immatériels, tels que les droits, ne peuvent faire l'objet d'un droit de rétention, puisqu'ils ne sont pas des choses, mais des facultés et leur détention est inconcevable<sup>5</sup>. Remar-

<sup>1</sup> Cf. Wieland, op. cit., rem. 16, ad art. 645 CCS.

<sup>2</sup> Cf. Oftinger, op. cit., ad art. 895 no 26.

<sup>3</sup> Cf. art. 727 CCS.

<sup>4</sup> Wieland, op. cit., ad art. 713 no 4.

<sup>5</sup> Cf. Peter Schenk : *Das Pfandrecht an Immaterialgütern*. Thèse Zurich 1951, p. 44 et ss.

guons à ce propos que le législateur suisse classe<sup>6</sup> parmi les immeubles les droits distincts et permanents, tels que les servitudes et les charges foncières, les seuls droits pour lesquels une possession analogue à la possession des biens corporels peut être envisagée. A elle seule, cette qualité d'immeuble exclut les droits distincts et permanents du droit de rétention. En revanche, quand un droit est représenté par un titre ayant qualité de papier-valeur, il en va autrement. C'est ce que nous allons examiner.

## Section II

### LES PAPIERS-VALEURS

« Sont papiers-valeurs, déclare l'art. 965 CO, tous les titres auxquels un droit est incorporé d'une manière telle qu'il soit impossible de le faire valoir ou de le transférer indépendamment du titre ».

Cette définition légale est un peu trop générale, car elle distingue mal le papier-valeur du simple moyen de preuve et elle recourt à l'image discutable du droit « incorporé » au titre. Nous lui préférons la définition de Guhl<sup>7</sup> : « un document représentant une valeur qui, sans lui, n'existerait pas dans le commerce ». Le papier-valeur se distingue du simple moyen de preuve, de la reconnaissance de dettes par exemple, en ce sens que le document a une signification défensive en ce qui concerne l'exercice du droit, son transfert, sa cession.

On distingue trois catégories de papiers-valeurs, les titres au porteur, les titres à ordre et les titres nominatifs.

Les titres au porteur sont des documents dont le texte fait du porteur actuel l'ayant-droit véritable, sans qu'il ait à se légitimer d'une autre manière. Les titres au porteur foisonnent dans la vie des affaires. Sont notamment titres au porteur de nombreuses actions et obligations de sociétés. Mais les titres au porteur de ce genre sont des fongibles, dans la mesure où ils ne sont pas individualisés et leur rétention nous amène à la question des fongibles et du mélange. On conçoit cependant fort bien un droit de rétention sur un lot de titres au porteur individualisé, par exemple parce que le créancier les détient dans un safe particulier.

<sup>6</sup> Art. 655 CCS.

<sup>7</sup> Cf. Guhl, op. cit., p. 662.

Les jetons de vestiaires, billets de spectacles, billets de chemin de fer ne sont pas considérés comme papiers-valeurs. Leur détention au titre du droit de rétention doit être examinée à la lumière de la condition de réalisabilité que nous verrons ci-dessous. En revanche, le billet de loterie est un papier-valeur. Un cas particulièrement délicat est celui du livret d'épargne au porteur. La jurisprudence du Tribunal fédéral, sans se prononcer absolument, met fortement en doute son caractère de papier-valeur<sup>8</sup>. La doctrine, elle, l'affirme à certaines conditions<sup>9</sup>. A notre sens, le droit de rétention n'est possible que si le titre peut être possédé en tant que droit et non simplement en tant que morceau de papier.

Les titres à ordres sont les papiers-valeurs qui sont déclarés tels par la loi ou créés par le débiteur avec une clause expresse aux termes de laquelle il s'engage à payer à une personne déterminée ou à celle qu'elle désignera<sup>10</sup>. L'effet de change, le chèque, le connaissement, le warrant, le certificat de dépôt peuvent notamment être à ordre.

La qualité de papiers-valeurs des titres à ordre ne fait pas de doute ; ils peuvent donc faire l'objet d'un droit de rétention, leur valeur de commerce étant également indiscutable. La difficulté qui se présente est celle de l'endossement. En effet, la tradition ne suffit pas au transfert du titre à ordre ; l'endossement est nécessaire et le créancier rétenteur risque de ne pouvoir l'obtenir de son débiteur. La loi y remédie par la disposition de l'art. 898 al. 2 CC, qui prévoit que l'office des poursuites et faillites procède lui-même aux écritures indispensables à la cession ou au transfert du titre ; il est vrai que le texte légal en question ne mentionne expressément que les actes nécessaires à la réalisation des titres nominatifs, mais la doctrine y comprend également l'endossement des titres à ordre<sup>11</sup>. Qui peut le plus, peut le moins.

<sup>8</sup> Jäger c. Banque de Ragaz. 1941. RO 68 11 96 = JT 1942 1 541. Eberhard c. Darlehenskasse. 1940. RO 67 11 30 = JT 1941 1 393.

<sup>9</sup> Guhl, op. cit., p. 681.

<sup>10</sup> Art. 1145 CO.

<sup>11</sup> Cf. Jäger : *Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*. Tome I, rem. 4, art. 130.

Les titres nominatifs, art. 974 CO, sont ceux qui portent le nom d'une personne déterminée et qui ne sont pas libellés à ordre ou désignés par la loi comme titres à ordre. L'ancien Code des obligations ne connaissait que les actions nominatives<sup>12</sup> et l'effet de change stipulé non à ordre. Les art. 966 à 973, 975 et 977 du CO nouveau ont supprimé cette limitation et prévu des règles générales. Il n'en demeure pas moins qu'une certaine incertitude subsiste, car les titres nominatifs relèvent en partie des dispositions sur les créances ordinaires et en partie des principes régissant les papiers-valeurs. Leur caractère de papier-valeur éclate dans le fait qu'ils sont soumis à la procédure d'annulation judiciaire, ce que la jurisprudence avait d'ailleurs admis déjà sous l'empire de l'ancien CO<sup>13</sup>; ils se rapprochent en revanche de la créance ordinaire en ce sens qu'ils ne peuvent être cédés que par une cession écrite, inscrite sur le titre ou séparée, ce qui suppose alors en outre la tradition du document; la nécessité de cette cession écrite a justifié la disposition de l'art. 898 al. 2 antérieure au nouveau CO. Comme le dit Jacob<sup>14</sup>, cet article montre à l'évidence que le droit de rétention peut aussi s'appliquer au titre nominatif, malgré sa nature ambiguë, à la condition qu'il s'agisse bien d'un papier-valeur, sans quoi sa réalisation ne serait pas possible, faute de pouvoir recourir à la procédure d'exécution forcée de l'art. 898 al. 2.

Interprétant l'art. 73 de la loi fédérale sur le contrat d'assurance du 2 avril 1908, le Tribunal fédéral a décidé que la police constatant le droit qui découle d'un contrat d'assurance n'était pas un papier-valeur, qu'il s'agisse d'une police nominative ou au porteur<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> 614 et 637 ancien CO.

<sup>13</sup> Matthis c. Obergericht du canton de Zurich. 1925. RO 51 2, p. 314 = JT 1924 1 130.

<sup>14</sup> Cf. Jacob, p. 94.

<sup>15</sup> Faillite Zschokke & Cie c. Comptoir d'Escompte de Mulhouse. 1915. RO 2 40 ss. = JT 1915 1 418.

### Section III

#### LES BIENS QUI NE PEUVENT PAS TOMBER SOUS LE COUP DU DROIT DE RÉTENTION

##### A. *Les immeubles.*

Selon le texte de l'art. 895 CC, les immeubles sont exclus du droit de rétention. Il s'ensuit, conformément à l'énumération limitative de l'art. 655, que les biens-fonds et les mines ne peuvent faire l'objet du droit de rétention. Il en va de même des droits distincts et permanents immatriculés au Registre foncier, droit de source ou droit de superficie.

Pour les droits distincts et permanents, l'exclusion du droit de rétention découle de la nature des choses. Bien que la doctrine admette par analogie une « possession des droits » imitée de la possession des choses<sup>16</sup>, il est clair qu'il ne peut s'agir d'une véritable possession, maîtrise physique et effective permettant une réelle détention. Quant aux immeubles proprement dits, biens-fonds et mines, ils sont exclus du droit de rétention par le système du Registre foncier, qui, sauf le cas exceptionnel de l'occupation sans inscription, enlève à la possession toute valeur pratique et juridique. L'exercice du droit de rétention est trop lié au phénomène de la possession et le système du Registre foncier trop cohérent pour que la rétention des immeubles soit concevable. C'est la raison pour laquelle le droit suisse se sépare sur ce point du droit français, qui ignore le Registre foncier et ses inscriptions constitutives.

Remarquons que les immeubles peuvent être grevés de droits de gage, sous forme d'obligations hypothécaires, de cédules hypothécaires ou de lettres de rentes. Pourquoi donc admettre le gage immobilier et exclure le droit de rétention, qu'on définit souvent comme un droit de gage légal<sup>17</sup> ? C'est qu'en droit suisse, le gage immobilier n'exige pas le nantissement et qu'il est constitué par une inscription au Registre foncier. Il s'inscrit donc dans la

<sup>16</sup> Cf. Tuor, op. cit., p. 427.

<sup>17</sup> Cf. K. Otfinger, ad art. 895 no 15.

Rossel et Mentha, op. cit., tome III, no 1656.

logique du système du Registre. En revanche, un droit de rétention sur les immeubles se heurterait à des obstacles insurmontables. En effet, ou bien le droit de rétention ne prévaudrait pas contre l'inscription, et alors le propriétaire pourrait disposer de son immeuble malgré le droit de rétention, ou bien ce droit l'emporterait sur l'inscription et on tolérerait ainsi une grave entorse au principe du Registre foncier.

Relevons en passant qu'un droit de rétention peut être exercé sur les titres dressés par le conservateur du Registre foncier pour les cédulas hypothécaires et les lettres de rentes<sup>18</sup>. Mais il s'agit alors de papiers-valeurs assimilés à des choses mobilières. La rétention porte sur le titre et ce n'est que par le jeu de l'incorporation du droit au document qu'il apparaît extérieurement que le créancier « retient » un bien immobilier, dans la mesure où le titre est « possédé » en tant que droit et non morceau de papier. Quant à l'obligation hypothécaire, très répandue dans certaines régions de la Suisse bien que le Code civil l'ignore, sa nature de papier-valeur est très controversée en doctrine<sup>19</sup>.

Toute règle comporte des exceptions. L'art. 939 CC, qui permet au possesseur de bonne foi de retenir toute chose, même immobilière, en garantie de ses impenses utiles et nécessaires, réintroduit sous une certaine forme le droit de rétention en matière d'immeubles. Cette exception s'explique d'elle-même. Pour être possesseur de bonne foi d'un immeuble dont on croit être propriétaire, il faut, quand le bien-fonds est immatriculé au Registre foncier, que l'inscription qui y figure ne corresponde pas à la réalité, qu'elle soit invalide ou opérée sans cause. Tel sera le cas d'un possesseur d'immeuble qui se croit à tort l'héritier unique le plus proche du précédent propriétaire et qui a obtenu, sur la base d'un certificat d'héritier erroné l'inscription au Registre foncier. Tel sera encore le cas d'un possesseur qui a acquis l'immeuble et fait opérer alors l'inscription sur la base d'un contrat de vente passé avec une personne incapable de discernement, donc radicalement nul.

Nous avons déjà vu au chapitre des droits de rétention spéciaux, que le droit conféré par l'art. 939 CC n'est pas un véritable droit de rétention au sens de l'art. 895 CC et qu'il est douteux

<sup>18</sup> Art. 856 à 859 CCS.

<sup>19</sup> Cf. Alexandre Bonnard : *L'obligation hypothécaire au porteur*. Thèse Lausanne 1955, p. 29-37.

qu'il comporte la faculté de faire réaliser l'immeuble. Remarquons en plus que les art. 661 et 662 CC instituent la prescription acquiescive de dix ans et de trente ans au bénéfice du possesseur de bonne foi d'un immeuble, le délai d'usucapion variant suivant qu'il s'agit d'un immeuble immatriculé ou non.

Si le droit de rétention proprement dit n'existe pas pour les immeubles, sa fonction économique est cependant assurée en droit suisse par le jeu de l'*exceptio non adimpleti contractus*, chaque fois que les parties en présence sont engagées dans les liens d'un contrat bilatéral. Les art. 82 et 83 CO permettront au vendeur d'un immeuble de retenir son bien tant que l'acheteur n'en paie ou n'en consigne le prix, à moins que la mise en possession de l'acheteur n'ait été convenue sans paiement comptant ou anticipé. Pratiquement, le vendeur, au bénéfice d'une inscription au Registre foncier refusera à son co-contractant en demeure la modification de l'inscription au Registre<sup>20</sup>. Si le vendeur est dans le cas de l'art. 214 al. 3 CO, applicable par analogie aux immeubles<sup>21</sup>, l'acheteur lui opposera l'inscription nouvelle qui a constitué le transfert de la propriété et l'équivalent de la mise en possession. Nous sortons là du cadre du droit de rétention proprement dit pour entrer dans le chapitre beaucoup plus général de l'exécution et de l'inexécution des obligations, qui dépasse les limites de cette étude.

### B. Les biens non réalisables.

Le droit de rétention ne peut s'exercer sur des biens qui, de leur nature, ne sont pas réalisables. Cette règle expresse de l'art. 896 al. 1 CCS s'applique à toutes les choses mobilières. Elle exclut du droit de rétention les objets qui, de leur nature, sont dépourvus de valeur commerciale et ne sont pas négociables. Par exemple, de la correspondance ou un dossier.

La disposition de l'art. 896 al. 1 n'avait pas d'équivalent dans l'ancien Code des obligations de 1881. Le texte actuel tranche une question qui, sous l'empire de l'ancienne loi, était très controversée. Car si des objets non réalisables, tels que des lettres privées ou d'affaires, des papiers de légitimation, des quittances, n'ont pas de valeur de vente, leur rétention peut constituer un moyen de

<sup>20</sup> Cf. Rossel et Mentha, op. cit., tome III, 1658. Louis Bordeaux : *Les nouvelles législations immobilières et hypothécaires*, p. 364 à 368.

<sup>21</sup> Cf. art. 221 CO.

pression très efficace pour amener à composition un débiteur récalcitrant. Que l'on songe seulement au cas d'un étranger dont un hôtelier ou un avocat retient le passeport en garantie du paiement d'une facture ! Nous avons vu précédemment que le droit français admettait largement ce genre de rétention.

Le droit suisse exclut le droit de rétention pour deux motifs : d'une part, la chose sans valeur commerciale ne peut être réalisée officiellement, conformément à l'art. 898 suivant les règles applicables en matière de gage, d'autre part la rétention des objets non réalisables apparaît dans nombre de cas comme contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs ; ses abus frisent le chantage et l'extorsion.

Sous le régime de l'ancien CO, la controverse classique était centrée sur la question du droit de rétention de l'avocat sur les pièces qui lui avaient été confiées pour l'exécution de son mandat. Pouvait-il les retenir en garantie du paiement de ses honoraires ? Dans sa thèse, Jacob traite longuement de ce point<sup>22</sup> sur lequel nous ne voulons pas nous attarder. A notre sens, l'art. 896 tranche de façon indiscutable la question par la négative. Nous ne pouvons même pas nous rallier à la conception que Jacob reprend de l'Exposé des motifs du Code civil<sup>23</sup> et qui admet que lorsque le client a reconnu volontairement à l'avocat, lors de la conclusion du mandat, un droit de rétention éventuel, l'avocat serait fondé à exercer la rétention, car il ne s'agirait pas alors d'un véritable droit de rétention avec effet réel, mais d'une sorte de droit de gage contractuel, sans effets réels. Il nous semble que l'admission de cette théorie aboutit à admettre une fraude à l'art. 896 al. 1 CCS. Les usages du barreau prévoient que les avocats se font garantir le paiement de leurs honoraires par le système de la provision infiniment plus correcte. Il faut, selon nous, exclure complètement le droit de rétention de l'avocat sur les pièces qui lui sont confiées, sans chercher à tourner la prohibition légale par des constructions théoriques subtiles.

Cependant, dans un arrêt récent<sup>24</sup>, le Tribunal fédéral, tout en posant le principe que le mandataire n'a pas de droit de

<sup>22</sup> Cf. Jacob, op. cit., p. 102 à 110.

<sup>23</sup> Exposé des motifs, tome III, p. 254.

<sup>24</sup> Bosco c. Keller. 1952. RO 78 2 376 = JT 1953 1 292. Cf. aussi Wieland Schmid : *Zurückhalten von unverwertbaren beweglichen Sachen*, dans SJZ 1955, tome 51, p. 292 ss.

rétention sur des pièces justificatives et livres comptables, admet qu'on doit reconnaître en droit suisse la validité d'un droit de rétention contractuel, en dehors des art. 895 et ss. CCS et 82 CO. Pourtant, dans le cas de mandat, le Tribunal fédéral estime que l'art. 400 al. 1 CO, qui institue l'obligation de restitution du mandataire en tout temps, exclut le droit de rétention, même s'il a été convenu expressément. Autrement dit, l'art. 400 al. 1 CO serait d'ordre public. A notre sens, l'exclusion du droit de rétention résulte essentiellement, non pas tant de l'art. 400 al. 1 CO que du fait que des pièces ou des livres comptables ne sont pas réalisables de leur nature.

La question de savoir si un objet donné est ou n'est pas réalisable est une question d'espèce, qui ne peut être résolue que de cas en cas. On cite comme objets non-réalisables, outre la correspondance personnelle ou d'affaires, les photographies personnelles, mais pas celles qui sont dans le commerce, comme par exemple les cartes postales illustrées. Sont aussi non réalisables les manuscrits d'un écrivain, mais pas l'autographe célèbre recherché par les amateurs. Il faut encore exclure du droit de rétention les dessins techniques, les plans d'ingénieurs et d'architectes, les livres de comptabilité, les procurations, les diplômes, les billets de théâtre ou de chemin de fer, même l'abonnement général des chemins de fer<sup>25</sup>. Certains cas sont douteux, par exemple, celui de la collection d'échantillons remise à un agent ou à un voyageur de commerce et qui ne peut être retenue que si elle peut effectivement être réalisée et n'a pas seulement une valeur de démonstration.

Les documents officiels tels que les papiers de légitimation, passeports, actes d'état civil, ne sont pas plus réalisables. En ce qui les concerne, l'exclusion du droit de rétention est fondée non seulement sur l'absence de valeur commerciale, mais encore sur les dispositions impératives du droit public. Ceci nous amène à traiter de la disposition de l'art. 896 al. 2 *in fine*, qui prohibe la naissance du droit de rétention quand celui-ci serait incompatible avec l'ordre public.

<sup>25</sup> Cf. SJZ 1939, tome 35, p. 314. Art. 15, loi fédérale du 13 juin 1941, sur l'engagement des voyageurs de commerce.

*C. Les biens qui ne peuvent être retenus  
en raison de l'ordre public.*

Wieland se borne à déclarer brièvement à ce sujet<sup>26</sup> que les documents officiels dont nous venons de parler ne sont pas et ne peuvent être retenus parce que le droit de rétention porterait atteinte à l'exercice de facultés ou d'obligations de droit public. Ajoutons de façon plus générale que l'ordre public peut prohiber toute rétention qui apparaît à la fois comme contraire aux principes généraux qui constituent la base du système juridique et à certaines dispositions impératives de droit public. C'est ainsi qu'on ne saurait admettre qu'un hôpital, pour prendre un exemple extrême, retienne le cadavre d'un patient en garantie du paiement des frais d'hospitalisation par les héritiers. Ce serait à la fois contraire aux bonnes mœurs, à la moralité commune, bref à l'ordre public, indépendamment même du fait qu'une telle rétention violerait des dispositions de police des inhumations ou d'hygiène publique.

Certaines dispositions de droit public peuvent exclure l'application du droit de rétention de manière plus précise, par rapport à certains biens donnés. Ce sont d'abord les objets qui sont inaliénables et dont les possesseurs ne peuvent disposer. Tel est le cas en Suisse pour l'équipement des militaires, le cheval de service, la motocyclette militaire<sup>27</sup>. Ici, l'objet n'est pas non-réalizable de sa nature propre — un cheval est objet de commerce, un fusil aussi — mais il est interdit de le réaliser. La même exclusion du droit de rétention doit valoir également pour la liqueur dite absinthe, dont la fabrication et le commerce sont interdits en Suisse par la Constitution fédérale elle-même<sup>28</sup>.

Aux termes de l'art. 53 de la loi fédérale de 1923 sur le Registre des bateaux, aucun droit de rétention ne peut être exercé sur un bateau inscrit au registre, son engagement se faisant comme celui d'un immeuble bien qu'il s'agisse d'une chose mobilière aux yeux du droit civil. La question du droit de rétention sur les avions est controversée, la loi fédérale du 21 décembre 1948 sur

<sup>26</sup> C. Wieland, op. cit., ad art. 896 no 4.

<sup>27</sup> Cf. K. Oftinger, op. cit., art. 896 no 33.

<sup>28</sup> Constitution fédérale, art. 32 ter.

la navigation aérienne étant obscure sur ce point. L'opinion dominante exclut le droit de rétention<sup>29</sup>.

Un problème particulièrement délicat est posé par les biens insaisissables de l'art. 92 LP, du moins pour ceux d'entre eux qui ne sont ni inaliénables ni non-réalisables. L'art. 272 al. 3 CO dispose que les biens non-saisissables ne sont pas soumis au droit de rétention, mais il s'agit là du droit de rétention spécial du bailleur à l'encontre du preneur. Doit-on étendre la restriction au droit général de l'art. 895 CC ? La jurisprudence du Tribunal fédéral a laissé la question ouverte<sup>30</sup> dans un arrêt de 1919. La doctrine affirme que même en dehors du cadre du bail, les objets non saisissables sont également soustraits au droit de rétention<sup>31</sup> quoiqu'ils puissent faire l'objet d'un droit de gage et être mis en nantissement. La raison de l'admissibilité du gage et de l'exclusion du droit de rétention serait que, dans le gage, l'accord de volonté au nantissement équivaldrait à une renonciation du débiteur au bénéfice de l'insaisissabilité, alors que le droit de rétention se forme sans que le consentement du débiteur soit nécessaire ou requis. Avec Oftinger<sup>32</sup> nous pensons que l'exclusion du droit de rétention se présume en tout cas pour les biens insaisissables, surtout quand ces biens ne peuvent pas non plus être mis en gage. Cela revient à dire que l'exclusion du droit de rétention est à tout le moins absolue quand le bien insaisissable est en même temps un objet inaliénable, comme c'est le cas pour les biens énumérés à l'art. 92 ch. 6 LP à l'exception naturellement de la solde des militaires que mentionne en plus cette disposition. Dans les cas douteux, l'existence ou non du droit de rétention sera une question d'espèce à trancher pour chaque bien en cause.

<sup>29</sup> Cf. K. Oftinger, op. cit., ad art. 896 no 32. Otto Riese et Jean Lacour : *Précis de droit aérien international et suisse*. Paris 1951, p. 29.

<sup>30</sup> Arrêt Meier. RO 1919 45 3 30 = JT 1919 2 71.

<sup>31</sup> Cf. Leemann, op. cit., art. 896 no 18.

Jacob, op. cit., p. 115.

<sup>32</sup> Cf. K. Oftinger, op. cit., ad art. 896 no 33.

## Chapitre V

### CESSIBILITE ET EXTINCTION DU DROIT DE RETENTION

#### Section I

#### LA CESSION DU DROIT DE RETENTION

Peut-on céder le droit de rétention ? Il est clair qu'une telle cession ne peut être envisagée pour le droit de rétention seul, isolé de la créance qu'il garantit. En aucun cas, en effet, le droit de rétention ne peut être cédé sans la créance garantie, car de sa nature, le droit de rétention est l'accessoire d'une créance. L'incessibilité du droit de rétention seul ne suscite aucune controverse en doctrine<sup>1</sup>. Le texte même de l'art. 865 CCS l'exclut.

Peut-on, en revanche, céder la créance et le droit de rétention ? Autrement dit, la cession de la créance entraîne-t-elle, au bénéfice du cessionnaire, la cession du droit de rétention ? Sur ce point, les auteurs suisses sont profondément divisés. Si la doctrine dominante admet que le droit de rétention spécial du bailleur de l'art. 273, al. 1, et 286, al. 3, est cessible<sup>2</sup>, en revanche, les divergences commencent avec le droit de rétention général de l'art. 895 CC ss., qu'il s'agisse du droit de rétention civil ou du droit de rétention commercial.

Leemann<sup>3</sup>, Rossel et Mentha<sup>4</sup> et Oftinger<sup>5</sup> admettent la cessibilité tant pour le droit de rétention civil que pour le droit de rétention commercial. Becker<sup>6</sup> et Jacob<sup>7</sup> admettent la cession du droit de rétention civil, mais s'opposent à la cessibilité du droit de

<sup>1</sup> Cf. Oftinger, op. cit., ad art. 895 no 167 à 170. Jacob, op. cit., p. 131.

<sup>2</sup> Cf. Th. Guhl, op. cit., p. 181. Von Tuhr, op. cit. § 95, p. 738. Cependant le tribunal fédéral a mis des doutes sur la cessibilité dans un arrêt. Haas c. Müller-Schuler. RO 1931 57 3 23 = JT 1931 2 157.

<sup>3</sup> Cf. Leemann, op. cit., ad art. 895 no 69.

<sup>4</sup> Cf. Rossel et Mentha, op. cit., ad art. 895 no 1657.

<sup>5</sup> Cf. K. Oftinger, op. cit., ad art. 895 no 167. Dans le même sens Brander, op. cit., p. 15 et 32-33.

<sup>6</sup> Cf. Becker, op. cit., ad art. 170 CO no 2 et 5.

<sup>7</sup> Cf. Jacob, op. cit., p. 132-133.

rétention commercial. Wieland<sup>8</sup>, Oser-Schönenberg<sup>9</sup> et von Tuhr<sup>10</sup> sont adversaires résolus de toute cessibilité, aussi bien pour le droit de rétention civil que pour le commercial. Wieland fonde son opposition à la cessibilité sur le fait que le droit de rétention est lié de façon indissoluble à l'obligation de restituer du possesseur. Il ne saurait appartenir qu'à la personne tenue à restitution afin de lui permettre de refuser cette restitution tant que le débiteur ne s'est pas acquitté. Le même auteur considère en revanche que l'exigence de la connexité et de la mise en possession avec le consentement du débiteur n'est pas décisive. Connexité et possession consentie sont pour lui conciliables avec la cession.

Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a tranché la question qui nous occupe, du moins en ce qui concerne le droit de rétention civil<sup>11</sup>. L'argumentation du Tribunal fédéral se fonde essentiellement sur l'art. 170 CO, al. 1, qui dispose que la cession d'une créance comprend les droits de préférence et autres droits accessoires, sauf ceux qui sont inséparables de la personne du cédant. La cour suprême suisse relève<sup>12</sup> que le transfert du droit de rétention à un cessionnaire de la créance est parfaitement compatible avec le but du droit de rétention, but de garantie d'une créance, et que la situation sur ce point n'est pas différente de celle du droit de gage, cessible avec la créance. D'autre part, on ne peut opposer au cessionnaire l'absence de consentement du débiteur à la mise en possession, car dès la naissance du droit de rétention, ce droit échappe à la volonté du débiteur. La cession, en outre, n'aggrave pas sa position, il conserve la faculté d'éviter la réalisation en fournissant des sûretés. Enfin, l'argument de Wieland selon lequel le droit de rétention n'appartient qu'à celui qui est tenu initialement à restitution, ne peut être admis car, si le premier rétenteur doit pouvoir exercer ce moyen de pression contre son débiteur, le droit de rétention peut rendre le même service à un cessionnaire.

<sup>8</sup> Cf. Wieland, op. cit., ad art. 895 no 2 litt c.

<sup>9</sup> Oser-Schönenberg: *Kommentar Zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*. Tome IV. *Das Obligationenrecht*. Ad art. 170 CO no 4 et 8.

<sup>10</sup> Von Tuhr, op. cit., § 95, p. 738.

<sup>11</sup> Pimea SRL c. Kündig, 1954. RO 80 2 109 = JT 1955 1 48.

<sup>12</sup> Arrêt cité cons. 4. JT loc. cit. p. 52.

Nous nous rallions à l'opinion du Tribunal fédéral en ce qui concerne le droit de rétention civil. Le droit de rétention civil n'est pas inséparable de la personne du cédant ; il doit donc passer au cessionnaire en cas de cession. L'art. 170 CO nous paraît déterminant en la matière. Le Tribunal fédéral va jusqu'à dire qu'en cas de cession, l'ancien créancier qui n'a pas encore remis la chose au cessionnaire la possède pour le compte de celui-ci<sup>13</sup>, ce qui doit être effectivement admis, comme en matière de gage mobilier<sup>14</sup>. Car sitôt qu'une cession valide est intervenue, le droit accessoire est transféré par la loi avec la créance. Seule une stipulation particulière entre cédant et cessionnaire pourrait exclure le transfert du droit de rétention. Une telle clause équivaldrait pour le cédant-rétenteur à une renonciation au droit de rétention ; elle l'obligerait à restituer la chose au débiteur.

Il faut reconnaître cependant que la possibilité pour le rétenteur de céder, avec la créance, son droit de rétention, constitue pour le débiteur un grave danger. Tout d'abord, la cession rompt le rapport de confiance qui unissait souvent le débiteur au créancier originaire. En outre, elle aggrave la position du débiteur, notamment si l'objet retenu est transporté dans un autre lieu que le lieu initial, obligeant ainsi le débiteur à se déplacer et l'empêchant de vérifier si sa chose n'est pas utilisée indûment. Enfin, la cession ne permet pas au débiteur de pouvoir opposer la compensation s'il devient après la cession créancier de son créancier primitif.

L'art. 170 CO nous paraît moins déterminant en ce qui concerne le droit de rétention entre commerçants. Le Tribunal fédéral ne résout pas cette question dans l'arrêt que nous venons de citer. Indirectement cependant, le Tribunal fédéral laisse entendre que le droit de rétention commercial n'est pas cessible lorsqu'il déclare : « Il n'y a pas de raisons suffisantes pour considérer le droit de rétention non commercial, qui peut appartenir à n'importe qui comme étant inséparable de la personne du cédant »<sup>15</sup>. Ce qui signifie que le droit de rétention commercial, qui précisément ne peut pas appartenir à n'importe qui, n'est

<sup>13</sup> Arrêt cité, cons. 2. JT loc. cit. p. 51.

<sup>14</sup> Cf. K. Oftinger, op. cit., ad art. 884 no 162.

<sup>15</sup> Arrêt cité, cons. 4. JT loc. cit. p. 52.

pas cessible avec la créance, puisqu'il ne compète qu'à un titulaire ayant la qualité de « commerçant », qualité inséparable de sa personne.

Il nous semble qu'effectivement le titulaire d'un droit de rétention commercial ne saurait le céder avec la créance à un non commerçant. En revanche, on peut se demander si la cessibilité ne doit pas être admise entre commerçants, les personnes en cause ayant alors toutes deux les qualités personnelles requises pour pouvoir exercer le droit de rétention commercial.

Dans l'arrêt précité, le Tribunal fédéral<sup>16</sup> laisse encore ouverte la question de savoir si une interdiction permanente de transmettre la possession à un tiers pourrait s'opposer à un transfert du droit de rétention, lorsque, par exemple, le débiteur, lors de la remise en possession du créancier, lui a donné comme instructions spéciales de ne se dessaisir en aucun cas des choses retenues. Nous estimons, pour notre part, qu'une telle interdiction ne s'oppose pas à la cession dans la mesure où l'ancien créancier ne se dessaisit pas matériellement de la chose, mais la possède pour le compte du cessionnaire, ainsi que l'admet la cour suprême dans le même arrêt<sup>17</sup>.

## Section II

### L'EXTINCTION DU DROIT DE RETENTION PAR VOIE DE CONSEQUENCE

Toute garantie, qu'elle soit réelle ou personnelle, s'éteint de plein droit lorsque la créance qu'elle couvre s'éteint elle aussi. Nous n'avons pas à analyser ici les modes d'extinction des créances. Bornons-nous à rappeler que la créance s'éteint d'abord par le paiement de la dette et ensuite pour les causes énumérées aux art. 114 et ss. CO, remise conventionnelle, novation, confusion, impossibilité d'exécution, compensation et prescription.

La prescription mérite une mention particulière. Alors que l'ancien CO disposait, à son art. 146, al 2, que la créance garantie par un gage était imprescriptible, l'art. 140 du CO actuel déclare expressément que l'existence d'un gage mobilier ne met pas obstacle à la prescription, le créancier conservant toutefois le droit de faire valoir son gage. La doctrine admet que par l'expression

<sup>16</sup> Arrêt cité cons. 5. JT loc. cit. p. 53.

<sup>17</sup> Arrêt cité cons. 2. JT loc. cit. p. 51.

« gage mobilier », la loi désigne aussi bien le nantissement que le droit de rétention<sup>18</sup>. Cela signifie que si la valeur de la chose retenue est inférieure à celle de la créance prescrite, le créancier rétenteur supportera la perte.

### Section III

#### L'EXTINCTION DU DROIT DE RETENTION PAR VOIE PRINCIPALE ET PAR DES SURETES

Sous cette rubrique, nous traiterons de l'extinction du droit de rétention au cas où le créancier perd définitivement la possession de la chose et au cas où le débiteur dégage l'objet retenu en fournissant des sûretés. Bien que ces deux éventualités soient fort différentes l'une de l'autre, elles ont ceci de commun que la créance subsiste et n'est pas éteinte, la disparition du droit de rétention y est seulement la conséquence du fait que dans l'un et l'autre cas, le créancier cesse de détenir la chose, ce qui entraîne l'extinction du droit.

Nous avons vu précédemment que le créancier rétenteur n'est protégé dans sa possession que dans la seule limite des actions possessoires. Il n'a pas d'action réelle pour recouvrer la chose<sup>19</sup>. Nous avons vu également que si le créancier est dépossédé, mais qu'il parvient à recouvrer la possession de la chose, son droit de rétention renaît. En revanche, si le rétenteur perd définitivement la possession, son droit de rétention s'éteint, l'une des conditions légales essentielles de l'art. 895 CCS faisant alors défaut. Il en est de même si la perte de la possession résulte non seulement du fait que la chose a été enlevée au créancier ou soustraite à sa maîtrise, mais encore du fait que la chose a péri, sans faute de sa part. Dans ce cas, il peut arriver que la chose soit assurée. Doit-on alors admettre que le droit de rétention renaît sur la valeur de remplacement, c'est-à-dire sur l'indemnité versée par l'assureur ou sur la chose acquise en remploi avec cette indemnité ?

L'art. 57 al. 1, de la loi fédérale du 2 avril 1908, sur le contrat d'assurance se prononce pour l'affirmative en matière de

<sup>18</sup> Cf. Becker., op. cit, ad art. 140 CO no 3. Code civil, édition Rossel 1948, note 2, art. 140.

<sup>19</sup> Cf. *supra*, p. 71 et ss.

nantissement. Nous sommes d'accord avec Jacob<sup>20</sup> pour affirmer le contraire en ce qui concerne le droit de rétention. Jacob se fonde essentiellement, pour motiver son opinion, sur le fait que dans le nantissement, le droit de gage est né avec le consentement du débiteur et que ce consentement entraîne *ipso jure* la continuation du gage sur la valeur de remplacement. Au contraire, le droit de rétention prend naissance sans le consentement du débiteur, si bien que la perte définitive de la possession exclut la renaissance du droit de rétention sur la valeur de remplacement. Autrement dit, dans le gage, le créancier a, selon Jacob, un droit à la possession qui entraîne pour lui un droit à la valeur de remplacement. Nous préférons, quant à nous, dire plus simplement que le rétenteur ne peut exercer de droit de rétention sur la valeur de remplacement parce qu'il n'a pas d'action réelle et n'est pas protégé au-delà du plan de la possession. Limité à la portée des actions possessoires, le rétenteur ne peut prétendre à une valeur de remplacement que la réintégrande ne lui permettrait pas de réclamer. A plus forte raison, il ne peut exercer une action en indemnité directe contre l'assureur.

L'art. 898 al. 1 CCS permet au débiteur de faire échec à la réalisation et de recouvrer l'objet retenu en fournissant une garantie suffisante. La loi ne donne aucune précision sur la nature de cette garantie. La seule condition requise est qu'elle soit suffisante et agréée du débiteur qui peut la choisir. Il s'agira suivant les cas, d'une consignation du montant de la dette, d'un cautionnement, de la constitution d'un gage mobilier ou immobilier<sup>21</sup>. Cette possibilité lui permet ainsi d'éteindre le droit de rétention et de le remplacer par une autre garantie. C'est la raison pour laquelle le rétenteur, avant de procéder à la réalisation, doit donner au débiteur un avertissement préalable lui permettant le changement de garantie et la fourniture de sûretés. Les auteurs s'accordent à dire que l'avertissement de l'art. 898 n'a pas besoin d'être donné en dehors de la poursuite ordinaire, autrement dit, que le commandement de payer de la poursuite en réalisation de

<sup>20</sup> Cf. Jacob, *op. cit.*, p. 127-128.

<sup>21</sup> Remarquons cependant que pour le droit de rétention spécial du voiturier, de l'art. 451 CO, la loi n'admet que la consignation du montant contesté.

gage suffit<sup>22</sup>. Cependant, comme le remarque Wieland<sup>23</sup>, si d'autres créanciers ont déjà fait procéder à la saisie et que le rétenteur revendique la chose conformément aux art. 98 ch. 4 et 109 LP, l'avis devra être donné de façon expresse et distincte, puisque le débiteur n'est pas averti par une poursuite en réalisation de gage visant explicitement et principalement l'objet retenu. Dans ce cas, l'omission de l'avis ou sa tardiveté exposent le créancier à des dommages-intérêts, sans que la réalisation en soit nulle.

On discute la question de savoir jusqu'à quel moment le débiteur peut fournir des sûretés pour libérer la chose. Pour Wieland, cette possibilité lui reste ouverte jusqu'à la réalisation proprement dite<sup>24</sup>. Leemann<sup>25</sup> et Jacob<sup>26</sup> estiment que la sûreté ne peut être remise que jusqu'à l'expiration du délai d'opposition au commandement de payer, car le créancier, lorsqu'il a en mains un commandement de payer exécutoire, est suffisamment garanti et ne saurait que faire d'une nouvelle garantie. Nous adoptons, quant à nous, le point de vue de Wieland, celui de Leemann et de Jacob étant trop restrictif, n'ayant aucun fondement légal et surtout ayant le tort de n'envisager que l'hypothèse de la poursuite en réalisation de gage, et non celle de l'intervention dans une saisie requise par d'autres créanciers.

Le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé encore sur cette question. En revanche, dans un arrêt relativement récent<sup>27</sup>, il a déclaré que la consignation de la somme due constituait une garantie suffisante, mettant fin au droit de rétention<sup>28</sup>. Dans le même arrêt, le Tribunal fédéral a posé le principe que si le créancier est dans son droit de choisir entre les objets soumis à son droit de rétention, il était tenu par la bonne foi de n'exercer son droit que dans la mesure où cela demeurerait nécessaire pour

<sup>22</sup> Wieland, op. cit., ad art. 898 no 1 litt. b.

Oftinger, op. cit., ad art. 898 no 17.

Jacob, op. cit., p. 121.

<sup>23</sup> Wieland, loc. cit.

<sup>24</sup> Cf. Wieland, op. cit., ad art. 898 no 1 litt. b.

<sup>25</sup> Cf. Leemann, op. cit., ad art. 898 no 12.

<sup>26</sup> Cf. Jacob, op. cit., p. 121.

<sup>27</sup> Schiffmann c. Hollenstein. RO 1952 78 2 140 = JT 1953 1 66.

<sup>28</sup> Arrêt cité, cons. 3, JT, loc. cit., p. 69.

garantir la créance, afin de ne pas grever de façon excessive le débiteur ou le tiers propriétaire. De ce principe général, le Tribunal fédéral a déduit notamment que même entre commerçants, en relations d'affaires, lorsque le créancier offre de restituer l'objet retenu au débiteur dès qu'une certaine dette est payée, il ne peut continuer à exercer le droit de rétention en garantie d'une autre créance, quand la première est éteinte ou qu'une somme suffisante a été consignée pour sa garantie. De même, lorsque le créancier peut exercer son droit de rétention sur un objet qui garantit suffisamment une de ses créances, il n'a pas la faculté de renoncer à cette sûreté pour retenir au détriment du débiteur ou du tiers propriétaire un autre objet auquel se rapporte une autre créance<sup>29</sup>.

La possibilité pour le débiteur de provoquer l'extinction du droit de rétention par la fourniture des sûretés constitue un allègement appréciable de sa situation, allègement qui se justifie d'autant plus qu'il n'aggrave pas la position du créancier. Cependant, cette soupape de sûreté présente un inconvénient certain : elle oblige les parties à soumettre au juge toute contestation portant sur la valeur « suffisante » de la sûreté offerte sitôt qu'il y a contestation sur ce point. Elle aboutit donc souvent à alourdir l'institution du droit de rétention.

<sup>29</sup> Arrêt cité, cons. 2, 3 et 4. JT, loc. cit., p. 69-70.

## CONCLUSION

En droit suisse, le droit de rétention est une institution organisée de façon systématique par la loi. Elle constitue par rapport au droit français un progrès considérable. Non seulement le créancier est au bénéfice d'un droit de rétention au sens étroit, lui permettant de retenir la chose, mais il dispose — dans des conditions expressément précisées par la loi — d'un droit de gage légal lui permettant de faire réaliser l'objet retenu ou de ne le céder que contre remise de sûretés suffisantes. Le législateur suisse a érigé le droit de rétention en une institution générale qui trouve son application chaque fois que les conditions légales sont réalisées. Il ne s'est pas limité à une énumération de cas particuliers, évitant ainsi à la doctrine et à la jurisprudence de devoir choisir entre une théorie énonciatrice et une théorie limitative.

Enfin, le droit suisse a évité toute confusion entre le droit de rétention et l'*exceptio non adimpleti contractus*, en construisant le droit de rétention sur une base légale objective, indépendante de tout accord contractuel. Le système suisse se caractérise ainsi par une grande sûreté avec comme corollaire inévitable une certaine rigidité. Nous estimons cependant qu'il vaut mieux, pour le respect du droit, de l'équité et de la bonne foi, s'accommoder d'une certaine rigidité — celle qui, notamment, limite le champ d'application du droit de rétention aux choses mobilières et aux papiers-valeurs — plutôt que de disposer d'une institution plus souple, comme celle du droit français, dont la souplesse n'existe qu'au prix d'équivoques et de confusions.

## CONCLUSION GENERALE CONFRONTATION DU SYSTEME FRANÇAIS AVEC LE SYSTEME SUISSE

Il ressort de notre étude du droit de rétention dans la législation française que, comparé au droit suisse, le système français a deux lacunes, à savoir :

1. Absence d'une réglementation d'ensemble de la matière et
2. Absence de tout privilège en faveur du rétenteur dans la réalisation forcée.

Ces deux lacunes ont elles-mêmes pour conséquence, la première, des hésitations regrettables de la doctrine et de la jurisprudence quant aux hypothèses dans lesquelles le droit de rétention peut être invoqué, la seconde, l'impossibilité, pour le rétenteur, de mettre fin, sans perdre les avantages du droit de rétention, aux inconvénients que peut entraîner pour lui la possession de la chose (responsabilité pour la garde de l'objet retenu, frais de garde et conservation de la chose, etc.).

Le législateur suisse, lui, a voulu pallier ces deux lacunes du droit français, mais, en les comblant, il s'est heurté, et la jurisprudence avec lui, à de nouvelles difficultés.

I. Au point de vue dogmatique, le code civil suisse a institué ainsi un droit réel imparfait dépourvu de toute action réelle en restitution (droit de suite) sauf dans le cas, très particulier, du droit de rétention du bailleur. Ce droit réel imparfait est difficile à intégrer dans le système général des droits réels.

II. En poussant très loin l'analogie entre le droit de rétention et le gage par nantissement, le législateur suisse a préparé la reconnaissance du caractère cessible du droit de rétention, affirmé maintenant non seulement par une partie de la doctrine, mais encore par le Tribunal fédéral lui-même tout au moins pour le droit de rétention civil. On en arrive ainsi pratiquement à constater que, dès l'instant où le débiteur ne s'exécute pas à l'échéance,

le rapport de confiance qui a pu exister entre lui et le créancier a pris fin, le créancier rétenteur étant fondé, non seulement à faire réaliser la chose, mais encore à céder son droit de rétention (naturellement avec la créance) à un tiers ; le débiteur, peut-être déjà en difficultés, sera ainsi obligé de traiter avec le cessionnaire, lequel sera peut-être difficile à atteindre au moment où le débiteur pourra enfin acquitter la dette ou offrir des sûretés. Au surplus, tout risque de collusion entre un cédant et un cessionnaire n'est pas exclu.

III. Les rédacteurs du CCS et du CO, malgré les art. 895 CC ss., ne sont pas parvenus à unifier complètement le droit de rétention. A côté du droit de rétention général des art. 895 CCS ss. subsistent des cas de rétention spéciaux, notamment ceux prévus aux art. 700 al. 2 CCS, 939 CCS et 57 CO. En outre, le Tribunal fédéral, suivant en cela une partie de la doctrine, a admis le droit de rétention conventionnel, tel que celui de l'avocat sur les pièces du dossier.

Quant à l'*exceptio non adimpleti contractus*, elle se distingue plus nettement du droit de rétention en droit suisse qu'en droit français. Cela provient :

1. Du fait que, comme nous l'avons dit ci-dessus, le législateur français n'a accordé aucun privilège au rétenteur dans la réalisation forcée, si bien que pratiquement la position du rétenteur, qui refuse de restituer la chose jusqu'au paiement de sa créance, ressemble beaucoup à la position du contractant qui refuse d'exécuter sa prestation tant que l'autre partie n'est pas disposée à exécuter la sienne. La différence pratique entre les deux cas n'est en définitive que celle-ci : le contractant qui invoque l'*exceptio non adimpleti contractus* peut mettre fin à son tête-à-tête avec son partenaire grâce à l'action en résolution du contrat, tandis que le rétenteur se voit obligé d'attendre le bon plaisir de son débiteur.
2. Du fait qu'en droit français la propriété d'un corps certain passe à l'acheteur dès la conclusion du contrat, si bien que le vendeur impayé qui invoque l'*exceptio non adimpleti contractus* se trouve conserver par devers lui une chose

appartenant à autrui, comme, par exemple, le possesseur de bonne foi qui retient la chose pour ses impenses.

3. Du fait que, inversement, le droit français, précisément parce qu'il ne lie pas l'existence du droit de rétention à la possibilité d'une poursuite en réalisation de gage, admet parfaitement qu'un rétenteur puisse retenir une chose dont il est propriétaire : la situation juridique d'un tel rétenteur ressemble évidemment à celui du vendeur de fongibles qui refuse de livrer la marchandise vendue jusqu'à ce que l'acheteur soit disposé à lui en verser le prix.

Il nous paraît dès lors que les deux systèmes, français et suisse, présentent des inconvénients certains. En faisant, de la possibilité d'une poursuite en réalisation de gage, un élément essentiel du droit de rétention selon les art. 895 CCS ss., le législateur suisse a peut-être enlevé à la doctrine la possibilité d'élaborer une théorie générale de la connexité, applicable à tous les cas de rétention. Nous irons même plus loin : il serait désirable que l'on puisse rapprocher (sans les confondre) l'*exceptio non adimpleti contractus*, le droit de rétention et les moyens spéciaux qui, en dehors de ces deux institutions, permettent ou devraient permettre au créancier de sauvegarder ses intérêts : nous pensons ici aux contrats synallagmatiques imparfaits, notamment à l'art. 401 CO, ou encore aux contrats synallagmatiques parfaits, déjà exécutés, mais affectés d'un vice qui les rend nuls ou annulables. La doctrine française devrait, nous semble-t-il, parvenir plus rapidement et plus aisément à l'élaboration d'une telle théorie générale de la connexité, précisément parce que le CCF et le Code de commerce ne fixent pas aussi rigoureusement que le CCS les contours de l'institution du droit de rétention et ne contiennent même aucune disposition générale à ce sujet. Mais, pour que la doctrine française atteigne cet objectif, il faudra nécessairement qu'elle délimite la matière plus strictement qu'elle n'est parvenue à le faire jusqu'ici.

Il s'agit toutefois là d'une tâche délicate, car, s'il est toujours malaisé de s'élever des cas d'espèces jusqu'à des principes tout à fait généraux, cette difficulté apparaît toute particulière quand on se penche sur cette institution si dépendante de la casuistique qu'est le droit de rétention.

## Bibliographie

- Aubry C. et Rau C. *Cours de droit civil français*, VI<sup>e</sup> éd., tome III, Paris 1938.
- G. Baudry-Lacantinerie et de Loynes : *Du nantissement, des privilèges et des hypothèques*. Tome III, Paris 1906.
- G. Baudry-Lacantinerie et Wahl Albert : *Traité théorique et pratique de droit civil. Des contrats aléatoires. Du mandat. Du cautionnement. De la transaction*. III<sup>e</sup> éd., tome XXIV, Paris 1907.
- Becker H. *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*. Bd VI, Obligationenrecht. Aufl. 2, Abt. I, Abt. II, Bern 1934-1941.
- Bonnard Alexandre *L'obligation hypothécaire au porteur*. Thèse Lausanne 1955.
- Bonnard Claude *De la classification des exceptions et des exceptions de procédure en droit vaudois*. Thèse Lausanne 1948.
- Bordeaux Louis *Les nouvelles législations immobilières et hypothécaires*. Neuchâtel et Paris 1918.
- Brander Oskar *Das Retentionsrecht nach Schweizerischem Zivilrecht*. Diss. Zürich Affoltern a. A. 1933.
- Cabrye E. *Du droit de rétention*. Paris 1860.
- Capitant Henri *De la cause des obligations (Contrats, Engagements unilatéraux, Legs)*. III<sup>e</sup> éd., Paris 1927.
- Cassin René *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exceptio non adimpleti contractus) et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*. Thèse Paris 1914.
- Colin A. et Capitant H. *Cours élémentaire de droit civil français*. Xe éd., tome II, Paris 1948.
- Dalloz *Répertoire de droit civil*. Tome IV, Paris 1954.
- Demogue René *Traité des obligations en général*. Tome III, Paris 1924.
- Demolombe *Traité de la distinction des biens*. Tome I, Paris 1901.
- Elekes Nerva André *De quelques différences dans l'application du droit de rétention d'après la jurisprudence française et allemande*. Thèse Paris 1929.  
*Exposé des Motifs de l'avant-projet du Département de Justice et de Police pour un Code civil suisse*. Tome III, Droits réels, Berne 1902.
- Glasson *Du droit de rétention*. Thèse Strasbourg 1862.
- Guhl Théo *Le droit fédéral des obligations*. Trad. : René Des Gouttes. Zurich 1947.
- Guillouard Louis *Traité du nantissement et du droit de rétention*. III<sup>e</sup> éd., Paris 1896.
- Haab Robert *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*. Bd. IV, Das Sachenrecht. 2. Aufl. Zürich 1929, Bd 1953.

- Homberger *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*. Bd. IV, Das Sachenrecht. 2. Aufl. Zürich 1929. Bd. IV, 1. 1953.
- Huber Eugen *Zum Schweizerischen Sachenrecht*. Drei Vorträge, Berne 1914 (Abhandl. zum Schweiz. Recht, Heft 58).
- Jacob André *Le droit de rétention d'après les articles 895-898 du Code civil suisse*. Thèse Genève 1933.
- Jäeger C. *Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*. Tome I, trad. Robert Petitmermet et Henry Bovay. Lausanne et Genève 1920.
- Josserand Louis *Cours de droit civil positif français*. IIe éd., tome II, Paris 1933.
- Laurent F. *Principes de droit civil*. Ve éd., tome XXIX, Paris 1893.
- Leemann Hans *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*. Bd. IV, Sachenrecht, Abt. I-II. 2. Aufl., Bern 1920-1925.
- Mourlon F. *Examen critique et pratique du commentaire de M. Troplong sur les privilèges*. Première partie, Paris 1855.
- Oftinger Karl *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*. Das Sachenrecht, Bd. IV, 2. Aufl. Zürich 1952.
- Oser Hugo ; Schonenberger Wilhelm : *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*. Bd. V, Das Obligationenrecht. Hlbd. I, 2. Aufl., Zürich 1929.
- Ostertag F. *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*. Das Sachenrecht. Bd. IV, 2. Aufl. Bern 1917.
- Planiol M. et Ripert G. *Traité pratique du droit civil français*. IIe éd. Tome VI. Première partie : Obligations. Paris 1952.
- Pont Paul *Explication théorique et pratique du Code civil*. *Traité des petits contrats*. Paris 1878.
- Pret C. *Du droit de rétention*. Thèse Poitiers 1879.
- Riese Otto et Lacour Jean T. : *Précis de droit aérien international et suisse*. Paris 1951.
- G. Ripert *Droit maritime*. IVe éd., tome II, Paris 1950.
- Roguin Ernest *La science juridique pure*. Paris-Lausanne 1923.
- Rossel Virgile *Manuel du droit fédéral des obligations*. Lausanne et Genève 1920.
- Rossel Virgile et Mentha F. H. : *Manuel du droit civil suisse*. Tome III, IIe éd. Lausanne et Genève 1929-1930.
- Schenk Peter *Das Pfandrecht an Immaterialgütern*. Thèse Zurich 1951.
- Thezard Léopold *Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*. Livre III, Paris 1880.
- Von Thur Andreas *Le code fédéral des obligations*. Trad. Maurice de Torrenté et Emile Thilo, Lausanne 1929.
- Troplong *Le droit civil expliqué. Des privilèges et hypothèques*. IIe éd., tome I, Paris 1835.
- Tuor Pierre *Le Code civil suisse*. IIe éd. Trad. Henri Deschenaux. Zurich 1950.
- Wieland Karl *Les droits réels dans le code civil suisse*. Trad. Henry Bovay. Paris 1914.

## TABLE D'ABREVIATIONS

### *Jurisprudence*

#### I. En France

|           |                                                            |
|-----------|------------------------------------------------------------|
| Gaz. Pal. | Gazette du Palais                                          |
| Gaz. tri. | Gazette des tribunaux                                      |
| D.        | Recueil Dalloz                                             |
| S.        | Recueil Sirey                                              |
|           | Actuellement réunis sous le nom : Recueils Dalloz et Sirey |

#### II. En Suisse

|     |                                                 |
|-----|-------------------------------------------------|
| JT  | Journal des tribunaux                           |
| SJ  | La semaine judiciaire                           |
| RO  | Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral |
| SJZ | Schweizerischen Juristen-Zeitung                |

---

|              |                                                                            |
|--------------|----------------------------------------------------------------------------|
| Al.          | Alinéa                                                                     |
| Art.         | Article                                                                    |
| C.           | Contre                                                                     |
| CC ou CCS    | Code civil suisse                                                          |
| CCF          | Code civil français                                                        |
| Cf.          | Conférer                                                                   |
| Ch.          | Chiffre                                                                    |
| Cass. civ.   | Cour de cassation - Chambre civile                                         |
| CO           | Code des obligations                                                       |
| Cons.        | Considérant                                                                |
| Contra       | Solution contraire                                                         |
| Ed.          | Edition                                                                    |
| <i>infra</i> | Pages suivantes                                                            |
| Lf.          | Loi fédérale                                                               |
| Litt.        | Lettre                                                                     |
| Loc. cit.    | A l'endroit cité                                                           |
| LP.          | Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889. |
| No           | Numéro                                                                     |
| op. cit.     | Ouvrage précité                                                            |
| Ori          | Ordonnance sur la Réalisation des immeubles                                |
| P.           | Page                                                                       |
| Rem.         | Remarque                                                                   |
| Req.         | Arrêt de la Chambre des requêtes de la Cour de cassation                   |
| <i>supra</i> | Pages précédentes                                                          |
| ss.          | Suivants, suivantes                                                        |



# Table des matières

## Première partie

### LE DROIT DE RÉTENTION EN DROIT CIVIL FRANÇAIS

|                |                                                                                                   |    |
|----------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Chapitre I :   | Les textes relatifs au droit de rétention . . . . .                                               | 11 |
| Chapitre II :  | La portée des textes traitant du droit de rétention                                               |    |
| Section I :    | Théorie limitative . . . . .                                                                      | 15 |
| Section II :   | Théorie énonciative . . . . .                                                                     | 17 |
| A.             | Théorie du <i>debitum cum re junctum</i> . . . . .                                                |    |
| B.             | Théorie du contrat . . . . .                                                                      |    |
| Section III :  | L'état actuel de la jurisprudence . . . . .                                                       | 19 |
| Chapitre III : | Le droit de rétention proprement dit et l'exception d'inexécution                                 |    |
| Section I :    | L'exception d'inexécution . . . . .                                                               | 23 |
| Section II :   | Le droit de rétention <i>stricto sensu</i> . . . . .                                              | 24 |
| Section III :  | Délimitation de l'exception d'inexécution et le droit de rétention <i>stricto sensu</i> . . . . . | 25 |
| Section IV :   | Définition du <i>debitum cum re junctum</i> . . . . .                                             | 28 |
| Section V :    | Application jurisprudentielle du droit de rétention <i>stricto sensu</i> . . . . .                | 29 |
| Chapitre IV :  | Caractère du droit de rétention                                                                   |    |
| Section I :    | Nature et effets du droit de rétention . . . . .                                                  | 35 |
| Section II :   | Obligations du rétenteur . . . . .                                                                | 40 |
| Chapitre V :   | Extinction du droit de rétention                                                                  |    |
| Section I :    | Extinction par voie de conséquence . . . . .                                                      | 43 |
| Section II :   | Extinction par voie principale . . . . .                                                          | 45 |
| Conclusion     | . . . . .                                                                                         | 47 |

## Deuxième partie

### LE DROIT DE RÉTENTION EN DROIT CIVIL SUISSE

|               |                                                                                                              |    |
|---------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Chapitre I :  | Section I : Le droit de rétention général des art. 895 à 898 CCS . . . . .                                   | 51 |
|               | Section II : Les cas spéciaux du droit de rétention . . . . .                                                | 54 |
| Chapitre II : | Nature et notion du droit de rétention                                                                       |    |
| Section I :   | La doctrine dominante . . . . .                                                                              | 59 |
| Section II :  | Le droit de faire réaliser la chose et la situation du rétenteur vis-à-vis des autres créanciers , . . . . . | 60 |

|                      |                                                                                                                                                                                   |     |
|----------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Section III :        | La situation du rétenteur pendant la rétention. Sa comparaison avec celle du créancier gagiste . . . . .                                                                          | 65  |
| Section IV :         | Le droit de rétention et l'exception d'inexécution de l'art. 82 CO . . . . .                                                                                                      | 73  |
| Chapitre III :       | Les conditions civiles du droit de rétention. Confrontation avec l' <i>exceptio non adimpleti contractus</i>                                                                      |     |
| Section I :          | La connexité de l'art. 895 CCS . . . . .                                                                                                                                          | 79  |
| Section II :         | La condition d'exigibilité . . . . .                                                                                                                                              | 90  |
| Section III :        | Le droit de rétention incompatible avec l'obligation assumée par le créancier ou avec les instructions données par le débiteur lors de la remise de chose ou auparavant . . . . . | 94  |
| Chapitre IV :        | Les biens qui peuvent faire ou ne pas faire l'objet d'un droit de rétention                                                                                                       |     |
| Section I :          | Les choses mobilières. Leurs divers types                                                                                                                                         | 101 |
| Section II :         | Les papiers-valeurs . . . . .                                                                                                                                                     | 103 |
| Section III :        | Les biens qui ne peuvent pas tomber sous le coup du droit de rétention . . . . .                                                                                                  | 106 |
|                      | A. Les immeubles.                                                                                                                                                                 |     |
|                      | B. Les biens non réalisables                                                                                                                                                      |     |
|                      | C. Les biens qui ne peuvent être retenus en raison de l'ordre public                                                                                                              |     |
| Chapitre V :         | Cessibilité et extinction du droit de rétention                                                                                                                                   |     |
| Section I :          | La cession du droit de rétention . . . . .                                                                                                                                        | 113 |
| Section II :         | L'extinction par voie de conséquence . . . . .                                                                                                                                    | 116 |
| Section III :        | L'extinction par voie principale et par des sûretés : . . . . .                                                                                                                   | 117 |
| Conclusion           | . . . . .                                                                                                                                                                         | 121 |
| Conclusion générale, | confrontation du système français avec le système suisse . . . . .                                                                                                                | 122 |
| Bibliographie        | . . . . .                                                                                                                                                                         | 125 |
| Table d'abréviations | . . . . .                                                                                                                                                                         | 127 |







